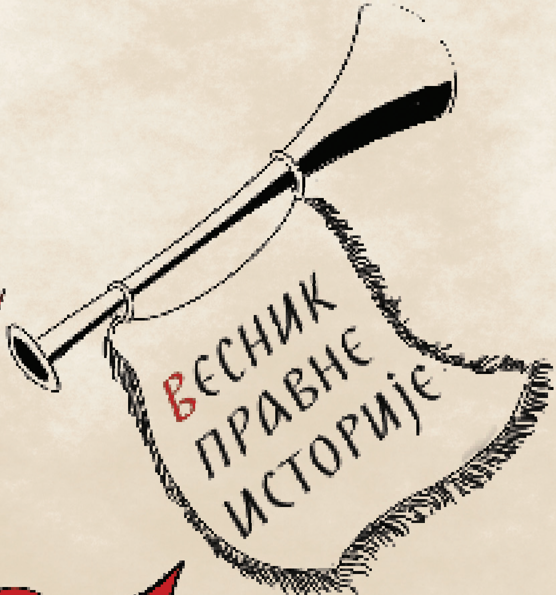
Herald of Legal History



БЕОГРАД 2020 / БРОЈ 2 / ГОДИНА I

UDC 34(091) ISSN (Штампано изд.) 2738-0955
ISSN (Online) 2738-0963

Универзитет у Београду – Правни факултет

БЕОГРАД 2020 • ГОДИНА I • БРОЈ 2 • стр. 1–387

Весник правне историје

Herald of Legal History

UDC 34(091)

ISSN (Штампано изд.) 2738-0955
ISSN (Online) 2738-0963

Назив часописа:
Весник правне историје
Часопис излази два пута годишње

Главни уредник:
доц. др Нина Кршљанин

Заменик главног уредника:
Давид Вучинић

Студентска редакција:
Сава Војновић, Ђина Главчић Костић, Милош Кнежевић,
Анита Станковић, Ђорђе Степић

Издавач:
Правни факултет Универзитета у Београду

Лектура:
Марија Срндовић

Технички уредник:
Ирена Ђаковић

Дизајн корица:
Лазар Лапац

Слог и прелом
Досије студио, Београд

Штампа
Бирограф, Београд

Journal title:
Herald of Legal History
The journal has two issues per year

Publisher:
University of Belgrade Faculty of Law

Proofreading:
Marija Srndović

Technical editor:
Irena Đaković

Cover design:
Lazar Lapac

Prepress
Dosije Studio, Belgrade

Printing
Birograf, Belgrade

Весник правне историје

Година I, бр. 2/2020, стр. 1–387

UDK 34(091)
ISSN (Штампано изд.) 2738-0955
ISSN (Online) 2738-0963

САДРЖАЈ

Чланци

Herald of Legal History

Year I, No. 2/2020, pp. 1–387

UDC 34(091) ISSN (Printed ed.) 2738-0955
ISSN (Online) 2738-0963

TABLE OF CONTENTS

Articles

Студентски преводи

Прикази књига

Интервјуи

Извештаји с дешавања

UDC 342.7-055.2(497.11)"13"

CERIF: S130, S149, H165, H220, H300

DOI: 10.51204/HLH_20201A

Ђорђе СТЕПИЋ*

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЖЕНЕ У ДУШАНОВОМ ЗАКОНИКУ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ВЛАСТЕЛИНКЕ

Душанов Законик наставља раније уређење правних односа на трагу домаће правне традиције, посвећујући знатну пажњу позакоњењу друштвеног раслојавања: утврђујући правни положај различитих категорија становништва на различите начине. Поред друштвеног статуса, велики утицај на њихов положај имао је и пол: ваља истаћи уређење положаја „сироте преље" и „сироте", као и друге одредбе о правном положају жене. На супротном крају спектра налазе се припаднице владајућег сталежа – властелинке. На њих се наилази особито у материји наследног, мање кривичног и другим гранама права. Поред анализе регула које се на њих односе, у раду ће бити обрађене и посебности примене осталих, „неутралних" правила на жене у Душановом царству, као и она која се тичу „госпође царице", за коју се везују и одређена питања из јавног права. На крају, биће изведени закључци о правном статусу жене/властелинке у Српском царству, као и њихово стављање у контекст права немањићке Србије.

Кључне речи: *Душанов законик. – Правни положај жене. – Властелинке. – Примена права.*

1. УВОД

Посматрање статуса жене у српској правној историји са исходишта достигнућа модерних правних поредака води општеприхваћеном, али поприлично предвидивом закључку који не открива ништа

* Аутор је студент теоријско-правног смера четврте године основних академских студија Правног факултета Универзитета у Београду, *stepic.dj@gmail.com*. Рад је изложен на конференцији Iustoria 2020.

нарочито: жена је третирана као подређена мушкарцу, није имала завидан положај, нису јој биле доступне функције у државној администрацији итд.[1] Генерализација овог питања у посебним радовима на ту тему само је допринела његовој занемарености у претходном периоду, те даљој летимичној обради.[2] Бавећи се социјалном структуром Српске царевине, Ћирковић пише о значају жена у Душановом Законику[3] (ДЗ) следеће: „Женски део популације готово да се и не помиње. У прописима се огледа старатељска улога мушкарца, а жене бивају самостално третиране само као удовице или „сироте", с тежњом да им се помогне кад су у улози главе домаћинства."[4]

Међутим, положај жене далеко је сложенији од изнетог, те стога захтева детаљније проучавање. Наиме, преко 20 чланова Законика бави се овим питањем, не нужно директно помињући жену као адресата норме. Њихова материја обухвата најзначајније гране права (грађанско и кривично, материјално и процесно), не трудећи се, притом, да их свеобухватно уреди. Нужно је имати у виду да је ДЗ само један део Душанове кодификације, а да су многа питања везана за жене (пре свега у материји грађанског права) прилично детаљно регулисана, како ранијим српским правом (кроз Законоправило Светога Саве и владарске повеље, као и кроз обичајно право), тако и кроз друга два дела цареве трипартиције: *Закон цара Јустинијана*[5] *и Скраћену синтагму Матије Властара.*[6] Узевши све то у обзир, може се рећи да је привидна штурост норми о статусу жене у закон-

1 В. Садуша Ф. Реџић, „О друштвеном статусу жене у досредњовековној и средњовековној Србији", *Зборник радова Филозофског факултета* XLI / 2011, 515–535. *https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0354–3293/2011/0354–32931141515R.pdf*, приступљено 14.9.2020; Душанка Динић-Кнежевић, „Жене у огледалу Душановог Законика", Сима Ћирковић, Коста Чавошки (ур.), *Законик цара Стефана Душана: зборник радова са научног скупа одржаног 3. октобра 2000, поводом 650 година од проглашења*, САНУ, Београд 2005.

2 Ипак, ваља издвојити: Срђан Шаркић, „Неколико напомена о правном положају жена у средњевековном српском праву", *Правни живот – часопис за правну теорију и праксу* 9/2001, 565–571.

3 Сви чланови су навођени према Новаковићевој нумерацији Душановог законика. Текстови чланова биће наведени према Ђорђе Бубало (ур.), *Душанов законик,* Завод за уџбенике/Службени гласник, Београд 2010.

4 Божидар Ферјанчић, Сима Ћирковић, *Стефан Душан*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2005, 216.

5 Чланови Закона цара Јустинијана биће наведени према Атонском препису, доступном у Биљана Марковић, *Јустинијанов закон – средњовековна византијско-српска правна компилација,* Српска академија наука и уметности, Београд 2007.

6 Правну природу и садржај ове две компилације укратко анализира и М. Благојевић. Милош Благојевић, *Српска државност у средњем веку,* Српска књижевна задруга, Београд 2011, 273–275.

ском тексту без суштинског значаја: он је темељно уобличен у другим правним споменицима тога доба.

У овом раду ће се доминантно обрађивати регуле Законика од 1349. и 1354, док ће се, само где је то неопходно, упутити на норме других аката, пре свега из времена Душановог законодавног рада.

2. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЖЕНЕ У ДУШАНОВОМ ЗАКОНИКУ

Када говори о темама значајним за статус жене, Законик то чини на различите начине: директним поменом речи „**женоу, жене**" (чл. 104. и 195), коришћењем одредница у женском роду („**хрїстїан҆коу**" из чл. 9, „**калогїерице**" из чл. 17. и „**владыка**" из чл. 54), али и индиректно (супруга из непуноважног брака из чл. 2. и 3, лажно заклете поротнице из чл. 154). Претходна разматрања релативно скромног обима нормирања ових питања имала су у виду само одредбе у којима се о женама говори непосредно, махом не обраћајући пажњу на регуле које их се посредно тичу. Предмет ове анализе биће како претходне, тако и потоње. Такође, у овом делу рада биће говора о правилима која се тичу жена уопште или себарки (посматрано из социо-економске перспективе). О властелинкама ће бити више речи нешто касније.

2. 1. Материјалноправни положај

Анализирајући статусно право немањићке Србије, Тарановски истиче да у погледу правне и пословне способности (слободних) мушкараца и жена није било никакве разлике, као ни приликом наслеђивања. „Српско право, као што уопште словенско право, није знало за негацију пословне способности женскиња, те ни за обавезно старатељство нада њима, које је вредело у германском праву."[7] Чак се могло закључити да су жене у донекле повољнијем положају у односу на мушкарце у погледу момента стицања делимичне пословне способности, што је укључивало и могућност склапања брака. Наиме, у српском средњовековном праву нису постојале прецизне правне претпоставке за стицање пунолетства као момента стицања потпуне пословне способности, какве се данас познају. Базирајући се на Властаревој Синтагми, могло би се закључити да смо усвојили ромејски

7 Теодор Тарановски, *Историја срйскоī йрава у Немањићкој држави,* Лирика, Београд 2002, 401.

концепт:[8] млађе малолетство је трајало за жене до 12, а за мушкарце до 14. године, док је пунолетство наступало са 25 година, иако се ослобађање од старатељства могло затражити и раније.[9] Из овог следи да су жене уживале у две године дужој делимичној пословној способности. Идентична „предност" постојала је и код завештајне способности.[10]

Пословна способност жена није била тек беживотна регула, већ је представљала редовну чињеницу, уважавану у правном животу Душанове Србије. Најчешћи правни послови које су оне закључивале били су (према релативно ретким изворима), сасвим очекивано, купопродаја и поклон, и то у два модалитета: поклона са налогом – задушни поклон земљишта на коме је поклонодавац имао бити погребен и достојно опеван (*donatio mortis causa*)[11] и поклона са резервисаним доживотним правом плодоуживања поклонодавца.[12] Примери купопродаје (као правног посла) из овог времена, у којима се жене, по свему судећи себарке, јављају као продавци, посведочени су у пописима манастирских имања – један од чувенијих је онај Богородице Хтетовске, као и у два уговора:[13] Призренском и Трепчанском.[14]

Наиме, приликом бележења манастирских непокретности, била је пракса да се поред њихових претходних власника запише и *iustus titulus* таквог стицања. Тако једну њиву у Царевом Студенцу „**купи игумьнь у Кюрє, Краимировє чтєрє и сєстрє юи ІЕрє и у нихь дѣтєи...**

8 Имајући у виду сложеност оваквог система постепеног стицања пословне способности, наспрам потреба правног промета, Тарановски је скептичан у погледу овога, *Ibid.*, 402–403.

9 Матија Властар, *Синтагма*, (прев. Татјана Суботин-Голубовић), Српска академија наука и уметности, Београд 2013, 55.

10 *Ibid.*, 156

11 Стојан Новаковић, *Законски споменици српских држава средњега века,* Српска краљевска академија, Београд 1912, 696.

12 *Ibid.,* 691.

13 Ради се о класичном купопродајном уговору, иако његов откривалац бележи да пронађени спис „није ништа друго до ова непотпуна тапија." Милош С. Милојевић, *Путопис дела праве Старе Србије, свеска трећа*, Књиге Обрадовић СМ д.о.о, Београд 2018, 301. У раду ће се, с обзиром на садржину акта, користити исправан термин уместо, у науци чешћег – „Призренска тапија".

14 Трепчанским уговором Радослава, жена Радоње Мирковића, продаје светопавловском манастиру кућу, задржавши право плодоуживања на једној њеној одаји, у случају нужде, за себе и своју сестру. Ипак, о њему се неће подробније расправљати, пошто излази изван временских оквира Душановог законодавног рада, као и периода Српског царства. Ипак, због штурости појединачних правних аката из овог времена, било је потребно поменути га. За подробнију анализу, Ђорђе Бубало, *Српски номици,* Византолошки институт САНУ, Београд 2004, 186–194, 260.

за к̄ кьбьл жита у гладно врѣме..."[15] Ово показује да се на челу породичних задруга, самим тиме и као продавци у своје име и у име своје деце, могу јавити и жене. Овакве ситуације свакако представљају реткост, пошто се тумачењем члана 70[16] *in fine* долази до тога да се оне не могу самовољно оделити хлебом из породичне заједнице. Оне су, највероватније, последице изостанка мушке главе на челу задруга услед смрти оца или мужа.[17]

Призренски уговор представља изузетан споменик српског средњовековног права, те је као такав већ био предмет неколико научних анализа,[18] због чега ће се овде поменути само основна места. Као продавац породичног „двора"[19] у Призрену јавља се Доброслава, Каросова кћи, са двојицом синова, Првославом и калуђером Никодимом и кћери Рајом, која преноси својину над њим купцу,Ману, Драгичином брату, тако да „**...одньска да си облада Мано онии двором ıако и сущи бащиник...**" при чему он ову непокретност слободно (без ограничења) може „**харисати** (поклонити), **прикисати** (дати у мираз), **продати, за душу дати али заменити**."[20] За заступника Доброславиног и остатка породичне заједнице, у случају спора, уговором се одређује њен син Првослав. Структура овог акта, као и нотарска форма, доследно прате ромејске узоре.[21]

Овај је уговор посебно занимљив из још неколико разлога. Наиме, када се наводе лица која су сагласна са продајом, као носиоци права првокупа (*ius protimiseos*), и то као међница и сумеђница,[22] помињу се две жене: Богослава, Белехнина кћер и Бабица.[23] Ово пока-

---

15 Александар В. Соловјев, *Одабрани споменици српског права (од XII до краја XV века),* Издавачка књижница Геце Кона, Београд 1926, 131.

16 О чл. 70. ДЗ и фиктивним задругама в. Ђ. Бубало, *Законик*, 174.

17 О породичном животу и својини у средњем веку: Никола Ф. Павковић, „Живот у породици и питање својине", Смиља Марјановић-Душанић, Даница Поповић (ур.), *Приватни живот у српским земљама средњег века,* Clio, Београд 2004, 300–322.

18 В. Александар В. Соловјев, „Уговор о куповини и продаји у средњевековној Србији", *Архив за правне и друштвене науке* XV(XXXII)/1927, 429–448; Ђорђе Бубало, *Номици,* 143–152.

19 Због вишезначности речи „двор" нејасно је да ли се ради о земљишту или кући (са или без окућнице); ипак, Бубало прву опцију сматра највероватнијом. Ђ. Бубало, *Номици*, 149–150.

20 А. В. Соловјев, *Споменици,* 148.

21 Ђ. Бубало, *Номици*, 144.

22 Особе чије се непокретности целокупном дужином или једним делом граниче са једном страном предметне.

23 Остали носиоци овога права јесу сами чланови породичне заједнице, рођаци, који се својим „крстовима" истога одричу, с тим што „Од имена пописаних на

зује да се бар у једном „кварту” царског града, средином XIV века, могао срести низ непокретности у власништву жена, од чега су бар две биле у искључивој (неподељеној) својини. С друге стране, интересантна је и симболика породичног одређења купца (Мана, Драгичиног брата) и једног од сведока (Милоша, Кукичиног зета). Они се непосредно одређују преко женских чланова своје породице: први по својој сестри, а други по породици своје жене/тазбини. Најпосле, овде видимо пример жениног располагања породичном својином као власника, а не као (пре свега) администратора у име своје малолетне деце.[24] Доброслава је она која се појављује испред себе и породице, као уговорна страна.

Материју грађанског права која се особито тиче жена у ДЗ-у чине претежно одредбе брачног права (чланови 2, 3, 9. и 196), углавном везане за правоваљаност поступка склапања брака. Обавезна форма брака је била црквена, како стоји у члану 2: „**Властеле и прочїи люде да се не жене не благословивше се оу своіего архїереа, или оу техзи да се не благослове коіе соу поставили изьбрав҆ши доуховнике архїереиѥ.**” и 3: „**И ниедина свад҆ба да се не оучинїи без вѣнчанїа. Ако ли се оучины без благословенїа и оупрошенїа црькве, таковїи да се разлоуче.**”

Разлог постојања ових норми лежи у тежњи да се искорени сaложништво, тј. фактички брачни однос својствен обичајном праву словенских народа.[25] По њему, брак би чак могао бити закључен и отмицом девојке (sic!), што одредбе Синтагме и Законоправила експлицитно забрањују.[26] Премда се не налази у ДЗ, логична санкција за брак закључен мимо прописане форме била би његова ништавост/непостојање. Уколико је сам благослов архијереја изостао, санкција би била „разлучење” таквих супружника.

почетку остаје још (Со)фија са децом... Не може се одредити јесу ли и они били суседи... или рођаци.” Ђ. Бубало, *Номици,* 148.

24 Оба Доброславина сина морају бити пунолетни по логици ствари: Никодим као монах, а Првослав као одређени представник породице у случају судског спора. А. В. Соловјев, *Споменици,* 148.

25 Зоран Мирковић, *Српска правна историја,* Универзитет у Београду/Правни факултет Центар за издаваштво и информисање, Београд 2017, 20.

26 М. Властар, 73. Оваква забрана се среће и у Жичким повељама. За више о односу између црквеног и „световног” брака, Станоје Бојанин, „Брачне одредбе Жичке повеље између црквеног и народног концепта брака”, Бојана Крсмановић, Љубомир Максимовић, Радивој Радић (ур.), *Византијски свет на Балкану*, Византолошки институт САНУ, Београд 2012, 425–442.

Упркос овоме, овакав начин закључења „брака” ће се задржати у нас у наредних неколико векова, те ће бити неопходно санкционисати га у Закону проте Матеје и Карађорђевом законику, оба са почетка XIX века. З. Мирковић, *Српска правна историја,* 117.

Није незамислива ситуација да се обави црквено венчање без благослова надлежног („свога”) архијереја. Његова функција је изузетно значајна, пошто би он, или од њега одређени духовник, најбоље имао увид у потенцијалне брачне сметње између супружника (сродство и друге),[27] као и у духовну зрелост потенцијалних брачника. Судећи по томе, чак и када би благослов дао други архијереј, брак би се морао разлучити.

Види се, дакле, да свадба без (пуноважног) венчања неће произвести жељене правне последице. У обрнутом случају, уколико младенци реше да закључе пуноважан црквени брак без прославе, тајно, могли би се наћи на удару (црквене) казне, као и свештеник који је тај брак закључио.[28]

Посебно разноврсна етничка слика Српске царевине допринела је отварању питања мешовитих бракова између православних и припадника других вероисповести. Дубровачки трговци, као и саски рудари, чија се привредна активност појачала од времена краља Стефана Уроша Првог, постали су део српског друштва, постепено се насељавајући око тргова, односно рударских насеобина. У Душаново време повећава се и број страних најамника који ратују за српску државу. Сви поменути, будући католици, одударали су од дотадашње типичне религијске структуре.[29]

Питање брака између „хришћанина” и „полуверке”[30] није постављано. Решење је једноставно: друштвена очекивања су била да ће муж обезбедити православни карактер домаћинства.[31] Међутим, обрнути случај браком мотивисаног преверавања Законик не допушта. Наиме, уколико би се хришћанка (православна) удала за полуверца, њихов брак би могао постати пуноважан у православној цркви, уколико би се супруг покрстио у њену веру. Ако то не би био

27 Александар В. Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године,* Српска академија наука и уметности, Београд 1980, 172; Ђ. Бубало, *Законик*, 150; З. Мирковић, *Српска правна историја, 55.*

28 М. Властар, 116.

29 Срђан Шаркић, „Правни положај странаца у средњовековној Србији”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 53–67.

30 Полуверцем се овде сматра католик, као хришћанин неправославне деноминације. За нехришћане се даље у Законику користи реч „јеретик”, коју Новаковић посматра као његов синоним. Ово можда стога што ће се за католичанство недоследно користити термини „јерес латинска” (чл. 6), и „вера латинска” (чл. 8), понекад чак и у истом члану (чл. 7). Стојан Новаковић, *Законик Стефана Душана цара српског 1349 и 1354,* Књижарница Полет, Београд 1898, 11–13, 154.

31 Т. Тарановски, 443; З. Мирковић, *Српска правна историја,* 55. Динић-Кнежевић подразумева под тим да се католкиња преверава пре закључења брака. Д. Динић-Кнежевић, „Жене”, 60.

случај, трпео би санкције мешовите правне природе: жена и деца би му били одузети,[32] а он би био обавезан да им, на име издржавања, да део од куће, док би он сам након тога био послат у прогонство („**да се ѡтжене**"). Материјална санкција за брачног преступника у овој одредби пре свега одражава законодавчево уважавање најчешће животне ситуације у којој жене нису поседовале довољно имовине потребне за старање о себи и својој деци. Који део куће, односно имања би им припао, остављено је на дискрециону оцену суду.[33]

Још један начин престанка брака нормиран у ДЗ-у био је када би се један од брачника одлучио закалуђерити. Поред редовне процедуре за примање монашког пострига, у овој ситуацији био је неопходан и благослов архијереја. Новаковић ову одредбу сматра нецелисходном или нејасном, оспоравајући кредибилитет Раковачког преписа, јединог где се овај члан сусреће.[34] С друге стране, Бубало исправно закључује да се „**моужи ни жене**" из овог законског члана не могу поимати као полне ознаке, већ као брачне.[35] Дакле, супружник, без обзира на пол, не би се могао замонашити без архијерејског благослова. Претходно би се брак раскидао „по благодети Божијој", те се није тражила сагласност другог супружника. За њега нису настајале никакве обавезе и он је могао склопити други брак,[36] премда нису били ретки случајеви да су супружници једно друго пратили у (одвојени) монашки живот.

Питање женског наслеђивања није посебно обрађивано у Законику. Уколико је жена била чланица задруге, питање наслеђивања се није постављало,[37] а уколико је била племенитог рода, могла је наследити баштину по општим правилима наслеђивања властеле. Посебно интересантно питање се поставља око наслеђивања потчињене баштине. Према Динић-Кнежевић, то је имплицитно дозвољено[38] формулацијом члана 174: „**Людїе землѥане кои имаю свою баштиноу землю и винограде и коуплѥнице да соу вол'ни ѿт своих виноградь и ѿт землїе оу прикију ѿтдати или цркви подложити или продати, а виноу да ѥсть работникь на томзи мѣстѣ ѡномоузи господароу чие боуде село. Аште ли не боудеть работ'ника на ѡном'зи мѣстоу,**

32 Логично је да поред престанка породичне заједнице престаје и брак, по сили закона, премда законодавац нема потребу да то изричито и нормира.

33 Новаковић примећује да законодавац ћути у погледу тога шта бива са остатком мужевљевог имања. С. Новаковић, *Законик*, 154.

34 *Ibid.,* 264.

35 Ђ. Бубало, *Законик*, 223.

36 М. Властар, 135.

37 З. Мирковић, *Срӣска ӣравна исӣорија*, 56.

38 Д. Динић-Кнежевић, „Жене", 62.

ѡному господароу чиѥ боуде село, да јест вольнь оузети ѡнези винограде и нивїе.” Из овог члана исходи да је и жена могла да наследи потчињену баштину, под условом да има некога ко ће за њу подносити њене радне терете (работе). Ово представља својеврсну надградњу правила Светостефанске повеље (1313–1318), по којем се на челу потчињене баштине могла наћи само жена удовица и то само као заступник свога сина до његовог пунолетства, а не као власник.[39] Велико ограничење права располагања потчињеном баштином (прецизније: располагања овлашћењима из *dominium utile*-a) јесте право господара (носиоца *dominium directum*-a) да захтева одређене работе, пописане у ДЗ-у. Технички, женина могућност наслеђивања над оваквим добрима није експлицитно искључена, све док може да баштини обезбеди радника.[40]

Наслеђивање бездетних супружника нормирано је у Закону цара Јустинијана, у члановима 31. и 32.[41] По њима, законско право да наследи мужа има супруга, са наследним делом од једне четвртине, док муж може наследити супругу само тестаментарно, не и законски („...**Да не възметь ниша. Развѣ шо му ѡставить жена своимь хотѣнiїемъ.**”).[42] То је могло да се учини и усменим тестаментом супруге „на самрти”. Уколико то није био случај, прикија (мираз, тастнина) би се морала вратити у женину породицу, онаква каква је била и дата.[43]

Овакав систем наслеђивања привилегује удовицу, пошто узима у обзир њен посебно угрожен статус по смрти мужа, узимајући да њена прикија најчешће представља целокупну њену посебну имовину. Имајући у виду још и да „словенско право иначе не познаје обичаје... да се при удаји редовно дају мирази у новцу и некретнинама”,[44]

39 Удовица без синова задржавала је право на кућу, селиште и њиву најбољу, чиме се обезбеђивала њена егзистенција. А. В. Соловјев, *Споменици*, 95.

40 Систематски тумачећи норме Бањске хрисовуље и Законика, З. Мирковић тврди да жена није могла наследити потчињену баштину, пошто се природа обавеза које је терете томе противила, као и њихово преношење на другог работника. Претпоставља се да други работници већ имају своје потчињене баштине. З. Мирковић, *Српска правна историја*, 57.

41 Биљана Марковић, *Јустинијанов закон*, 61.

42 За доцнији развој ове регулативе, Биљана Марковић, „Наследно право у Душановом законику и у Закону цара Јустинијана”, Сима Ћирковић, Коста Чавошки (ур.), *Законик цара Стефана*, 67–79.

43 В. Исправу о враћању прћије Анђелије Зеновић, жене кнеза Стефана (Штиљановића), А. В. Соловјев, *Споменици*, 232. Конкретна исправа показује животност и примену Душановог законодавства и у временима после губитка независности српских држава.

44 О прћији, в. Душанка Динић-Кнежевић, „Прикија”, Сима Ћирковић, Раде Михаљчић (ур.), *Лексикон српског средњег века,* Knowledge, Београд, 1999, 583–584.

њен положај постаје готово неиздрживо тежак, што се Законом ваљало исправити.

Сама, пак, женина имовина била је посебно заштићена од неовлашћеног располагања њеног мужа и за живота. Ако жена „оћути” (sic!) на продавање свог иметка, а по закљученој продаји затражи враћање ствари, купац је дужан да јој ствар преда натраг, а таква купопродаја би се сматрала апсолутно ништавом.[45] Мужу је припадало само доживотно право плодоуживања на женином брачном дару, уз забрану располагања. По његовој смрти, пун обим стварних права би се вратио жени.[46]

О даљим мерама социјалне заштите удовице говоре одредбе Законика о „сиротој”. О самом значењу термина сирота постоји неколико расправа. Новаковић њу сматра сваком социјално угроженом женом,[47] док се доцније усталило мишљење да је реч о сиромашној удовици, те да институт из члана 64. „сирота кудељница” јесте таква сиромашна удовица која не може другачије да се издржава до предући кудељу, посао који је у то време био јако скромно плаћан.[48] Имајући то у виду, Законик каже: **„Сирота коудел̓ница да ѥсть свободна такожде ꙗко и попь.”** То значи, да је она, имајући у виду њен статус, ослобођена свих намета и обавеза као и свештеник на својој баштини. Положај сироте тиме је додатно ојачан у односу на остало социјално угрожено становништво („убоге”), које начелно није било ослобођено својих обавеза. Старање о њима, пре свега о њиховој исхрани, поверено је црквама.[49]

У кривичном праву ДЗ-а, положај жене као учиниоца кривичног дела у мало чему се разликовао од мушкарчевог, те је законодавац најчешће посебно не издваја из општег корпуса. Он користи за учиниоца заменицу „ко” или га наводи у мушком облику, у случају различитих санкција према социјалном статусу учиниоца („себар”, „властелин”...). Изузетак јесте блуд властелинке са „својим човеком” из чл. 54, који ће бити обрађен доцније.

---

45 **„Да се расплѥ тази коуплꙗ”**. Б. Марковић, *Јустинијанов закон*, 55.

46 С. Шаркић, „Неколико напомена”, 567.

47 С. Новаковић, *Законик,* 185.

48 *Законик цара Стефана Душана* (издао и превео: Никола Радојчић), Српска академија наука, Београд, 1960, 107. У прилог томе иду и правила доцнијег Закона о рудницима деспота Стефана Лазаревића, где се удовицама – франгарицама даје искључиво право трговине одређеним производима, ради прехрањивања породице. Александра Фостиков, „Жена – између врлине и греха”, Смиља Марјановић-Душанић, Даница Поповић (ур.), *Приватни живот*, 330.

49 Црквени јерарси (игумани, епископи и митрополити) су били дужни да се о њима старају, онако како је уредио задужбинар, под претњом губитка сопственог достојанства (чл. 28 ДЗ-а).

Исто тако, положај жене као жртве кривичног дела није посебно нормиран, са једним изузетком. У члану 96. као квалификаторна околност за један облик тешког убиства наведено је да је жртва учиниочев отац, *мајка*, дете или брат.[50] Санкција за учиниоца овог дела јесте смрт спаљивањем на огњу. Идентична казна предвиђена је и у Властаревој Синтагми.

Разлог за овакво нормирање ваља тражити у томе што је већи део кривичних дела које би жене чиниле или чије би жртве биле – дела против морала – уређен у Номоканону, као и у Синтагми. За велики део тих дела прописане су изузетно строге световне и црквене казне. Занимљиво је да се жене као (искључиви)[51] учиниоци кривичних дела срећу у неколико случајева из Синтагме, рецимо код дела намерног изазивања побачаја код себе и других, као и код напуштања новорођенчета. У истом зборнику, посебна накнада нематеријалне штете[52] се предвиђа за отету девојку која одбије брак са отмичарем – стицање његовог целокупног имања.[53]

2. 2. Процесноправни положај

Посебне одредбе Законика тичу се позивања супружника на суд. Наиме, у члану 104. ДЗ-а стоји: „**И да се не наведе приставь на женоу кьди нѣст моужа дома, ни да се позива жена без моужа, нь да си дасть жена моужоу глас, да греде на соудь. Оу том҆зи моужь да нѣсть кривь, докле моу не даде глас.**" Ова одредба суштински уређује како питање позивања жене као процесног субјекта, тако и позивања мужа, уколико позив не може да прими лично, него само преко своје супруге. Дакле, ако се жена позива на суд, то се не може учинити без присуства и сазнања њеног мужа. За разлику од појединих средњовековних права, где се муж морао појавити као женин заступник на суду, у ДЗ-у је довољно да он само буде присутан при уручењу позива жени.[54]

50 Изостављена је сестра; овај номотехнички пропуст је од великог практичног значаја, пошто се она не среће ни као жртва овог квалификованог облика убиства у Синтагми. М. Властар, 378. Правни стандард усходног и нисходног сродника ДЗ везује за непосредно претходећу и следећу генерацију, те га проширује браћом, као бочним сродницима. Детаљније: А. В. Соловјев, *Законик,* 255.

51 Премда поједини „царски закони" за учиниоца користе неутралне термине, обе главе дела су насловљене са: „О женама које...", М. Властар, 150–152.

52 Могло би се овој накнади признати и својство накнаде материјалне штете због лошијег изгледа за доцнију добру удају (својевсна измакла корист).

53 *Ibid.,* 75.

54 Супротно: Д. Динић-Кнежевић, „Жене", 61.

Даље, жена се није могла појавити у својству мужевљевог заступника пред судом, док је супротно било сасвим могуће. Она је била дужна да у мужевљево име само прими позив од пристава, судског чиновника,[55] и мужа без одлагања извести о његовој обавези да се пред судом појави. Најпосле, до момента мужевљевог сазнања за позив, он не може бити оптужен за престој (кршење обавезе појављивања пред судом), што је једна од ретких ситуација у српском средњовековном праву у којој овакво понашање није повлачило негативне процесне последице.[56]

У Душановој Србији, жена је могла да се појави пред судом као странка у спору, заступник (макар своје деце) и сведок. Судијска функција им, по свему судећи, није била доступна. Да ли је, међутим, женама било дозвољено да се јаве као поротнице? Језичка формулација члана 154, који говори о пороти, као и упоредноправна искуства околних српских земаља тога доба сугеришу да је то било сасвим могућно. Поменути законски члан (по Струшком, Студеничком, Призренском[57] и Раковачком препису) гласи: „**Кои се поротници кльноу и оправѣ оногази по законоу, и ако се по тоизи оправѣ поличїе обрѣте истин҆но оу оногази оправ҆чїе когано ѥ оправила порота, да оузме царство ми на тех҆зи поротницѣхь по тысоуштоу перперь; а векѥ по томь да не соу тызи поротници вѣровании; ни да се кто оть нихь ни моужи ни жении.**” Овај крај законског члана тумачен је на различите начине. Новаковић[58] га је третирао као одређену језичку нејасноћу. Радојчић[59] га преводи слободније, па каже: „да се нико **за њихове** (истакао аутор) удаје, ни да се од њих жени”. Ниједан од ова два става није захвалан за бранити. Новаковићев, због начела да ни једна реч у закону није сувишна, а Радојчићев због претеране строгости колективног режима одговорности читаве породице лажнога клетвеника. Више има смисла заузети релативно једноставно постављен Соловјевљев став, који члан поима језички буквално и, позивајући се на теорију Б. Марковића о правној природи пороте у ДЗ-у као доказне, а не пресуђујуће, закључује како су се и жене могле наћи у улози поротника.[60] Лажна заклетва, уз налажење *corpus delicti*-ја

55 О приставу и другим лицима од јавне вере у српском и упоредном праву в. Марко Костренчић, *Fides publica (јавна вера) у правној историји Срба и Хрвата до краја XV века*, Српска краљевска академија, Београд 1930.

56 С. Новаковић, *Законик*, 209; Т. Тарановски, 574.

57 Ова верзија члана је, за разлику од свих осталих (види горе фн. 3), цитирана према С. Новаковић, *Законик*, 121.

58 С. Новаковић, *Законик,* 239.

59 *Законик цара Стефана Душана*, 131. У истом смислу: Ђ. Бубало, *Законик,* 208.

60 Александар Соловјев, *Жене као поротници у Душановом законику,* Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1939.

код оправданог учиниоца, резултирала би апсолутном брачном сметњом код поротника или поротнице која ју је дала, што представља једну од неретких ситуација у српској средњовековној традицији где су оне прописиване кривичним, а не грађанскоправним правилима.

У вези са закључним разматрањем претходног одељка, сирота је уживала и посебну процесноправну заштиту. „**Сирота коıа нѣсть ıака прети или ѡтпирати да даѥ пьр҆ца кои се кѥ за ню прети**" (чл. 73. ДЗ-а). Овом се нормом дозвољава посебно, по логици ствари добрачино, заступање, у случају када је лоше материјално стање или правна неукост странке (само уколико се ради о сиротој – удовици) оно што онемогућује адекватно остваривање права у судском поступку. Заступника је сирота тражила сама – није јој био обезбеђен од државе. Са друге стране, суд је по Законику био дужан да овога заступника безусловно прихвати.

Разматрајући ове фрагменте о посебном статусу жене спрам осталих правила Душановог законодавства, увиђа се следеће:

1. Њена права су, генерално посматрано, прилично темељно уређена; у много чему је изједначена са мушкарцем, те се заједно са њим подразумева као адресат норме, без дискриминације.[61]
2. Привилегије и права смањеног обима која је одликују, везане су за схватање жена као слабијег пола, како економски, тако и физички, подложних фактичком утицају чланова породице (особито оца и мужа).
3. Елементи женине подређености мужу су знатно умањени; врло често су само формални. Наравно, овде оперишемо махом са нормативним категоријама. Разложно је претпоставити да је та подређеност у породичном дому доста јаче задржана, рецимо као фактичка дисциплинска власт.
4. Права социјално угрожене жене надилазе раније позната и призната по статусу удовиштва. Посебна брига о њима указује на то да је њихов фактички, метаправни супстрат (присуство удовица у општој популацији) био толико чест да је захтевао додатно регулисање.

61 У брачном праву та једнакост се види у истим казнама за мушкарце и жене у нецрквеном браку; међутим, у осталим питањима она или уступа или потпуно ишчезава. В. Нина Кршљанин, „Краљ као заштитник цркве: правна анализа Жичких повеља Стефана Првовенчаног", Љубомир Максимовић, Срђан Пириватрић (ур.), *Краљевство и архиепископија у српским и поморским земљама Немањића. Тематски зборник у част 800 година проглашења краљевства и архиепископије свих српских и поморских земаља Немањића*, Историјски институт, Београд 2019, 422–430.

3. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ВЛАСТЕЛИНКЕ

У случају сироте, види се колико ДЗ полаже на уређивање положаја жене на доњем крају друштвене лествице. Још више то чини на њеном супротном крају, за припаднице аристократије.

Властела је била етнички, културно и социјално разноврсан слој. Због тога законодавац одлучује да различито уреди њихов положај према последњем критеријуму, пошто би правно разликовање према претходна два нарушило крхку кохезију унутар најмоћнијих слојева царевине. Одатле, постоји подела саме властеле на велику, малу и властеличиће.[62] Међутим, говорећи о њиховим „парњакињама", у Законику се не среће таква подела; само се наилази на „владике" односно властелинке. Упркос томе, разложно је претпоставити да се на племкиње одговарајућег статуса сходно примењивало право које је важило за такво племство.[63]

3. 1. Материјалноправни положај

Одредбе грађанског права значајне за властелинке односе се, пре свега, на имовинско-правне односе: питања својине и располагања отроцима (44, 46) и наслеђивање (41, 48). Универзалност права на наследство без обзира на пол, нормирана у Синтагми,[64] доследно се проводи по члану 41: „**Кои властелинь оузьима дѣт҅цоу, а или пакы и не оузьима дѣт҅цоу тере оумреть, и по нѥговѣ сьмрьти баштина поуста ѡстане, где се ѡбрѣте ѿ нѥгова рода до третїега братоучеда, тьзи да имат ѥговоу баштиноу**".[65] Уколико се не би пронашао наслед-

62 Детаљније о властели као посебном социо-економском сталежу: Милош Благојевић, 245–246; о историјату и правном статусу: Т. Тарановски, 15–50. и Срђан Шаркић, „Правни положај властеле у средњовековној Србији", Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2010, 7–27.

63 И овде ваља поменути брачна правила Жичке повеље, примерице: „**Женамь такожде повелѣваемь... аще ли котора вь прѣступленѥ закона вьпадеть, аще буде от властель, то властельскимь наказаниѥмь да наказоует се**", А. В. Соловјев, *Одабрани сӣоменици,* 21. За детаљну анализу в. Н. Кршљанин, „Краљ као заштитник", 424–428.

64 М. Властар, 249. Постоји становиште да су и овде мушки наследници имали приоритет, Стојан Новаковић, „Село: из дела „Народ и земља у старој српској држави", *Глас* XXIV/1891, 152–153, *https://www.uzzpro.gov.rs/doc/biblioteka/digitalna-biblioteka/1891%20Selo%20iz%20dela%20narod%20i%20zemlja%20u%20staroj%20srpskoj%20drzavi%20.pdf,* приступљено 5. 12. 2020.

65 Додатак на крају овог члана, који се среће у Раковачком препису: „*ако не буде ближњеīа*", покушава да појасни постојање наследних редова, који се не помињу експлицитно нигде у Законику, али су обрађени у Синтагми. М. Властар, 249–251; С. Новаковић, *Законик*, 38.

ник у наведеном степену сродства,[66] баштина би се сматрала „одумртном"; имовина покојника би прешла на царство, те би цар постао директни и једини господар свом потчињеном становништву везаном за земљу конкретног декујуса. Премда се о праву супруге на наслеђивање не говори, у повељама које издају владари како би потврдили својину наследника над баштином, редовно се, као титулари права, помињу и удовице племића.[67] Жене се, тако, могу наћи на челу властелинства са готово свим овлашћењима својственим племству, укључујући и ктиторску делатност и одлучивање о баштинским црквама[68] (у складу са чл. 45. ДЗ-а), те постављењу баштинског свештенства.

О овоме сведоче две исправе номика Калојана из друге половине XIV века о баштинској цркви задужбинарке Марене са синовима, у Сопишту, јужно од Скопља.[69] Други споменици нам говоре о активној задужбинарској делатности властелинки и у случају прилагања великих земљишних поседа под власт значајних цркава и манастира, како то чини госпођа Вишеслава са синовима. Овај дар потврђује својом повељом манастиру Хиландару сами цар Душан (са царицом и краљем Урошем), истичући значај неповредивости баштина и баштинских располагања властеле.[70]

Посебан правни режим био је предвиђен за символе властеоског достојанства (инсигније) из својине умрлог властелина: „**Кьда оумре бластелинь, конь добрїи и ороужїе да се даѥ цароу, а свита велиꙗ бисер҅на и злати поꙗсь да има сынь ѥго и да моу цар не оузме. Ꙗко ли не оузимаа сына, нь имаа дьштерь, да ѥст темзи вол҅на дьшти или продати или ѿтдати свободно.**"[71] Први део овог члана ваља тумачити систематски, заједно са чланом 42, који уређује обавезу властеле да „..**давают...воискоу, да воевают по закону**." Божић у вези са тим закључује: „... обавеза војевања увек је била везана за државину феудалног типа у најужем смислу. За наслеђивање таквих баштина чије држање цар потврђује својом хрисовуљом, упркос праву

66 О томе да ли се ради о осмом степену сродства или пак о седмом, в. А. В. Соловјев, *Законик,* 207–208; Т. Тарановски, 514–515.

67 На пример, баштина кесара Прељуба се потврђује у првом реду његовој жени Јерини, а са њом и њиховом сину Томи. С. Новаковић, *Сӣоменици,* 312–314.

68 В. Сима Ћирковић, „Баштинске цркве", Сима Ћирковић, Раде Михаљчић (ур.), *Лексикон,* 34.

69 Ђ. Бубало, *Номици,* 152–166.

70 Наглашава се да је дар учињен својевољно, „**а ни по ѥдној силѣ ни по неволи**". С. Новаковић, *Сӣоменици,* 312–314.

71 Уопштено значење глагола „отдати" – отпустити из своје власти, овде би боље пристајало. Соловјев сматра да кћер није могла да истиче инсигније, али да је са њима могла чинити ма шта друго. А. В. Соловјев, *Законик,* 214.

да се њима може слободно располагати, тражење relevium-а од...цара, сасвим је природно".[72] Такву баштину су могле наследити и жене, што није мењало њен карактер: исте су је обавезе теретиле, с тим што се мењао непосредни обвезник (онај који војује), а својина над њима је потврђивана на исти начин.[73] Враћање доброг (ратног) коња и оружја имају далеко већи симболички, него практични значај: ови чинови показују подређеност властелина владару, као вођи ратничке „дружине", из које се племство и развило.[74] Огртач и златни појас су симболи моћи који су, макар властелин имао више наследника, морали остати једном његовом сину, као знаци старешинства над породицом. Уколико би иза њега остале кћери, она која би их добила у наслеђе, теоретски посматрано, заузимала би идентичан статус као и син. Последњи део норме утврђује њено апсолутно право да тим стварима слободно располаже.

За разлику од ових симбола свога достојанства, властела отроцима није могла потпуно слободно располагати. Постојало је ограничење у погледу давања отрока властеоског у прикију (прћију, мираз), садржано у члану 44: „**И ѡтроке што си кто имаю да иχ имаю оу баштиноу вѣчноу, нь ѡтрокь оу прикїоу да се не даѥ никьда**." Овај члан, пре свега његова формулација, често се наводе као доказ за изузетно неповољан, (готово) робовски положај који су имали властеоски отроци.[75] Међутим, законодавац је сматрао да они никада не могу бити дати као миразни дар. Разлози за то би се могли наћи у посебној правној природи прикије и отрока у српском средњовековном праву. Мираз је био брачни дар над којим је муж имао право доживотног плодоуживања, док је жена задржавала право својине, као *ius nudum*. Отрок, са своје стране, не сме да се посматра као пука ствар, већ као тешко подвлашћени субјект права; када се располаже њиме, уствари се располаже користима од његовог рада. Ако отрока тако поимамо,

72 Иван Божић, „Коњ добри и оружје (уз члан 48 Душановог законика)", *Зборник Матице српске за друштвене науке* 13–14, 1956, 91–92. За више, Јован Ковачевић, „Члан 48 Душановог законика и инсигније", *Историјски часопис књ.3,* 1951–2, 466–467.

73 Опет погледати С. Новаковић, *Споменици*, 312–314.

74 И. Божић, 87.

75 Дуга расправа у српској медиевалистици – да ли се отрок треба поимати као тешко зависан субјект права или роб – није дефинитивно разрешена. Став заступан у овом раду држе, рецимо, Ђорђе Бубало и Срђан Шаркић. Ђорђе Бубало, „Отрок", Сима Ћирковић, Раде Михаљчић (ур.), *Лексикон*, 483–485. и Ђорђе Бубало, „Шта значи отрок у српским повељама?", *Зборник Матице српске за историју* 56/1997, 44–46; Срђан Шаркић, „Правни положај влаха и отрока у средњовековној Србији", Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2010, 40–52. За супротно в. Т. Тарановски, 434–435. Таквог је става и Радојчић, *Законик цара Стефана Душана*, 100–101.

логично је да његово давање у мираз поражава сврху „својине над њим": њиме неће управљати властелинка, већ њен муж, којем овај не припада. Ако би га она „ослободила/отуђила", стицалац би морао да трпи чињеницу да је он миразно „добро", те да стиче тек голо право својине – чиме овакав „промет" постаје бесмислен. Следећи важан моменат за ово ограничење располагања јесте и потреба задржавања отрока[76] на истом властелинству, у истом роду, пошто би његово одвођење у земље властелинкиног мужа могло нанети изузетну штету одређеним микроекономским односима (од поделе рада, на даље).[77]

Премда није моглада доводи отроке у мираз, властелинка је имала посебна овлашћења у погледу оних који су били у баштини њенога мужа, по члану 46: „**И еште: Отроке што си имаю властеле да им соу оу баштиноу, тькмо што кѥ властелинь простити или моу жена или сынь его, този да ѥст свободно, а ино ништо.**" Поставља се питање да ли је право властелинке на ослобађање отрока из имовине њеног супруга постојало и за време његова живота (што персонализује власт повлашћених над подвлашћеним) или тек по његовој смрти. У вези са тим интересантно је проучити наслове овог члана у различитим преписима ДЗ-а. Наиме, у Призренском препису насловљен је са „о отроцима", док се у чак три преписа (Атонском, Бистричком и Барањском) овај члан јавља без наслова; први који му претходи јесте „о умрлој властели". Међутим, у свим тим преписима се после тог наслова јављају чланови (од 41. до 48), који се баве и другим питањима везаним за властеоске баштине. Штавише, члан 48. је у Раковачком препису насловљен са „и опет о умрлој властели", показујући тиме да је излагање о наследноправним последицама смрти племства претходно негде завршено. Бистрички препис за члан 48. понавља наслов „о умрлој властели", што би било бесмислено, уколико се узме да сва претходна правила говоре о истом питању. Све поменуто, као и функционална и предметна веза овог члана у Призренском препису са чланом 44.[78] упућује на то да ово право није пуко овлашћење наследног права. Поред свега наведеног, посматрајмо ово питање и правнологички: зашто би Законик посебно истицао ово право за жену и сина као наследнике умрлог властелина? Часом смрти декујуса, отроци би прелазили у њихову „својину" и на њих би се при-

76 Соловјев из општег правила ипак изузима отрокиње („женско робље"), аргументујући овакав свој став упоредноправним искуством низа држава. А. В. Соловјев, *Законик,* 211.

77 За више о овим односима, Никола Вучо, „Економика средњевековне Србије кроз Душанов законик и манастирске повеље", Никола Радојчић (ур.) „Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана", Српска академија наука, Београд 1951, 183–207.

78 О насловима у различитим преписима в. Ђ. Бубало, *Законик*, 124–126.

мењивала општа овлашћења из члана 44, те би нормирање доцнијег члана о истом питању било сувишно. Такође, да је ово случај, да ли би то значило да ћерка-наследница не би имала право ослобођења, као једног вида располагања отроцима? Овакво решење било би у сукобу са поменутом слободом располагања, тако да се потоњи став о наследноправној природи властелинкиног права да „прости" отроку не би могао доследно бранити.[79]

Следећа регула која везује властелинке и њима потчињено становништво, залази у домен кривичног права, а налази се у члану 54: „**Аште ли владыка блоудь сьтвори сь своимь чл҃вѣкомь, да им се ѡбѣма роуцѣ оусѣкоу и носъ оурѣже**". Блуд племкиње са подређеним[80] (било отроком, било меропхом) исходовао би строгу телесну санкцију за обе стране, истоветну са казном за властелина који би силовао властелинку (чл 53). Овде присутна „једнакост" у кажњавању показује са каквим се презиром друштво односило према неверству повлашћених жена.[81] У свим осталим случајевима, блуд или прељуба женина[82] била би регулисана према одредбама Синтагме или обичајног права.[83]

79 Новаковић каже да се овим чланом „начелно потврђује наследственост и непоколебљивост ропскога стања отрока што је при члану 44 обележено", а затим даје осавремењену верзију самог чл. 46, не опредељујући моменат у ком настају овлашћења властелинове жене и сина у погледу отрока. Дакле, „наследственост" је пре правна гаранција општег типа, као и „непоколебљивост", него какав временски оквир за вршење права. С. Новаковић, *Законик,* 176; Тарановски о овом питању уопште не расправља као наследноправном, већ као чисто статусном, Т. Тарановски, 81. За супротно: А. В. Соловјев, *Законик*, 212–213, премда ни он не заузима конзистентан став о моменту права на располагање отроцима (по смрти властелина, или док је он на самрти). О правима ћерке (наследнице) поменути аутори се не изјашњавају.

80 Супротно: *Законик цара Стефана,* 105; Д. Динић-Кнежевић, „Жене", 61, која сматра да се термин „свој човек" односи на мушкарца истог друштвеног положаја – властелина. У раду заузето становиште је, ипак, лакше бранити, с обзиром на то да је вероватни узор ових правила у сличним одредбама Прохирона, А. В. Соловјев, *Законодавство*, 183–184.

81 Фостиков ово објашњава следећом мишљу: „Властелинка је тим чином каљала углед више класе, док је слуга, као поданик, овом везом показивао дрскост према господарима." А. Фостиков, 353.

82 С обзиром на синкретистичку природу ове норме, односно изворе из Прохирона (правило о блуду удовице са робом и прељуби удате жене са робом), могуће је да се поменуто правило односило како на блуд, тако и на прељубу. Опет А. В. Соловјев, *Законодавство*, 183–184. Сам овај аутор ипак заузима супротан став: А. В. Соловјев, *Законик*, 218–219.

83 Синтагма, поред самог дела блуда, регулише и више споредних питања блудника и рођених из блуда (најпре у брачном, породичном и наследном праву) в. нпр. М. Властар, 158. О односу блуда и прељубе: *Ibid.,* 287.

У истој материји остаје члан 53. ДЗ-а: „**Аште кои властелинь оузме владыкоу по силѣ, да моу се ѡбѣ роуцѣ ѡтсѣкоуть и нось оурѣже. Аште ли себрь оузме по силѣ владыкоу, да се ѡбѣси. Аште ли своію дроугоу оузме по силѣ, да моу се ѡбѣ роуцѣ ѡтсѣкоу и нось оурѣже**.” Поред тога што се у њему жена појављује као жртва, што је уобичајено у премодерним правима код овог дела, овај члан представља једну типичну норму Законика у области кривичног права из више разлога. Треба их напоменути неколико: формулација норме, брутално телесно кажњавање и велики утицај социјалног положаја на (неједнаку) примену права.[84]

Оно што је индикативно при разматрању ове регуле јесте чињеница да силовање[85] себарке од стране властелина није разматрано. Могуће је да је таква ситуација решавана по правилима Синтагме, Законоправила или обичајног права.[86]

Чињеница да је жртва силовања властелинка, од доба Другог законика,[87] повлачи са собом посебне процесне последице. У ДЗ-у, у члану 192, стоји: „**За три работе, за невѣроу, и за крьвь и за раз҆бои владич҆скыи, да идоу прѣд цара**.”[88] Новаковић, као што то

84 В. Нина Кршљанин, „Сталешка неједнакост у казненом праву Душановог законика”, *Страни правни живот*, 3/2012, 2012, 41–68.

85 Соловјев сматра да је код „насиловања” реч о силовању, доследно аргументујући свој став. А. В. Соловјев *Законодавство,* 181–183; А. В. Соловјев, *Законик*, 217–218. Радојчић и Динић-Кнежевић, заузимају супротан став тј. да се у овом члану говори о отмици, вероватно због израза „**оузме**”. *Законик цара Стефана,* 104; Д. Динић-Кнежевић, „Жене”, 60. Овде се, ипак, ваља приклонити првом мишљењу, између осталог због тога што је отмица исцрпно регулисана у глави А-13 потпуне, односно А-12 скраћене Синтагме. М. Властар, 73; А. В. Соловјев, *Законодавство,* 179–181.

86 Нарочито је занимљиво једно Новаковићево запажање у вези са неписаним правом: „Споменици су за нас доста нејасни, јер се временом заборавило оно што се онда сматрало као свакоме познато, те се није ни писало”, С. Новаковић, „Село”, 215–216. Овакво резоновање које је, без сумње, држао и средњовековни законодавац, ствара проблеме данашњим историчарима права. З. Мирковић, *Српска правна историја,* 68–69.

87 Под Другим Закоником подразумева се други, доцнији део кодификације, донет између 1353. и 1354. године, тј. лета 6862, индикта 7. Димитрије Богдановић, Милорад Павић, Милорад Ђурић, Милисав Савић (ур.), *Душанов законик*, Просвета/Српска књижевна задруга, Београд 1986, 77; Ђ. Бубало, *Законик*, 201.

88 Бубало излаже теорију да се владика у Раковачком препису схвата у мушком роду, те да поменуто дело није силовање већ содомија међу властелом, Ђ. Бубало, *Законик,* 222. Међутим, овакав став не поткрепљује са довољно доказа, посебно имајући у виду да се у осталим члановима где се владика помиње у другим преписима (нпр. Призренском) доследно користи као израз за власте-

чини код већине чланова Раковачког преписа, указује на то да је члан нејасан и највероватније непотпун.[89] С обзиром да су царски дугови, дела за која је судио искључиво царски суд (*reservata*), за отроке нормирани у члану 103, а за странце у члану 183, разложна је Соловјевљева претпоставка да се ради о надлежности царевој за суђење властели.[90] Ово нарочито стога што се код кривичног дела невере као учинилац готово увек јавља припадник повлашћеног сталежа. Нормирање крви и „разбоја владичског" као царских дугова могло је бити учињено како би се спречио посебно притисак властеле на судске власти и омогућило правично суђење. Ово би помогло конкретизацију независног положаја „судија царства ми", прописаног сада већ чувеним члановима 171. и 172, у пракси. Дакле, за најтежа дела најутицајнијег друштвеног слоја могао је судити искључиво владар лично – то је била највећа гаранција за исправно пресуђење.[91]

Наравно, поред обрађених, могућа је примена готово свих других одредаба о властели на властелинке. Ово је искључено само у оним члановима који, по правној логици онога времена, могу говорити једино о властелину мушког рода (силовање, чупање браде, предвођење војске...).

Разматрајући одредбе о положају властелинке, закључује се да је он знатно бољи него статус жене загарантован општим нормама ДЗ-а, без обзира на њено звање. Управо због њиховог друштвеног положаја, законодавац је сматрао да би било целисходно дати им бољи правни положај. Правила о отроцима налазимо само у одредбама о властели/властелнкама (пошто су их само оне од свих жена могле поседовати). Законско наслеђивање баштине је дефинитивно дозвољавано и жени и кћерима покојника, због тога што се природа баштинских обавеза властеле није томе противила, за разлику од потчињених баштина. Кривично дело које би починила властелинка или које би било почињено над њом кажњавано је посебно тешким казнама, зато што је ударало на морал/достојанство жене највишег сталежа, као и њене читаве породице.

линку и то у узастопним члановима, као и да се у српским правним споменицима налази још од времена краљице Јелене. Раде Михаљчић, „Владика", Сима Ћирковић, Раде Михаљчић (ур.), *Лексикон,* 86.

89 С. Новаковић, *Законик*, 262.

90 А. В. Соловјев, *Законик,* 328–329.

91 За остале царске дугове, као мање друштвено опасна дела, властели би судиле судије „царства ми". Зоран Мирковић, „Судије „царства ми" Душановог законика", Сима Ћирковић, Коста Чавошки (ур.) *Законик цара Стефана,* 30.

3. 2. О „госпођи царици”

Најпосле, завршавајући осврт на властелинке, потребно је нешто рећи и о највишој властелинки средњовековне Србије: госпођи царици. Наша држава је имала само две царице:[92] Јелену Асен и Ан(к)у Басараб, с тим што је потоња оставила сасвим незнатан траг у српској историји. Ово одсликава и законодавни текст: у време потенцијалног новелирања Законика,[93] за време цара Уроша, наилази се само на једну одредбу о госпођи царици, у члану 195: „**И жене да не ѡблежоу оу црькви, раз҆вѣ господнꙗ царица и кралица.**” Ова норма њој и краљици даје једну посебну привилегију – ноћивања и у мушком манастиру,[94] коју није могла имати нити једна друга жена у средњем веку, ма колико високог рода била. Ово се најпре може објаснити оправданом бојазни законодавца да ће њима овакво уточиште заиста бити потребно, што можда наслућује нестабилност времена у ком се последњи део кодификације доноси.

Цркве и манастири су у тешка времена били најбоље *impromptu* склониште: често би били одлично утврђени, а и монаштво је теретила обавеза старања о свима који би се у њима затекли. Уколико не би било могуће „прву даму” Царевине збринути у женском манастиру, ова одредба би јој гарантовала сигурност, премда је очевидно у супротности са типицима којима је био уређен монашки живот братства.

С друге стране, одредбе које недвосмислено припадају изворном ДЗ-у, царицу постављају као изузетно моћну фигуру, толико да је заштита од њене самовоље и осионости битна колико и од цареве. О овоме говоре остали чланови у Законику где се она помиње (чланови 43, 136, 140).

Прва поменута норма јесте једна од многобројних гаранција неповредивости властеоске баштине, које се срећу на више мес-

92 Ову титулу је, после распада Српског царства, понела још и Теодора (монахиња Јевдокија), сестра по оцу цара Душана. Основ за њено коришћење јесте припадност царској династији Немањића – нико од њених потомака, Дејановића, не претендује на царско достојанство. С. Новаковић, *Споменици*, 446.

93 Соловјев помиње како је могуће да су поједини чланови закона са краја донети у време Цара Уроша. А. В. Соловјев, *Законодавство*, 223. На ову могућност особито указује одредба члана 196, која помиње госпођу краљицу: царска Србија до Јевросиме Мрњавчевић, тј. до 1365. године, није имала краљицу. Цар Урош се Аном Басараб оженио тек по ступању на власт (око 1360. године), те се та титула није могла односити на њу. Ђорђе Бубало, „Време Душановог законика”, *Slověne* 2/2015, 127.

94 Ово је свим женама било забрањено 123. Јустинијановом новелом, М. Властар, 330.

та кроз овај правни споменик. Међутим, док остале одредбе махом потврђују права над стеченим баштинама и акте (хрисовуље и простагме – повеље) дате њиховим власницима, код ове је тај сегмент заштите дат негаторно: „**И да *нѣсть*** (истакао аутор) **вольнь господинь царь, или краль, или госпожда царица никомоу оузети баштине по силѣ, ни коупити, ни замѣнити, развѣ ако ктѡ сам полюбїи.**” Овај „тандем” – краља (престолонаследника) и царице, као двоје најмоћнијих људи у Царству, после самога владара, сретаће се и у доцнија два члана. Логика овог правила је јасна: властеоски поседи морају да буду заштићени, како од произвољног одузимања од стране јединих у држави моћнијих него што је сама властела, тако и од принудног располагања својим сопственим очевинским наслеђем.[95]

Чињеница да царица поседује такву моћ да се она мора ограничити, као и моћ њеног супруга, задивљујућа је. Па ипак, она још више долази до изражаја када се имају у виду случајеви када цар њој мора поименце прописати послушност својим исправама (члан 136) и заповестима (члан 140).

Први од њих гласи: „**Книга царева да се не прѣслоуша где приходи, или кь госпожди царици, или кь кралю, или кьвластеломь великымь и малїи(мь), и в҆сакомоу чловѣкоу. Никто да не прѣчюѥ што пише книга царева. Ꙗко ли боуде такова книга што не може ѡнзи сьврьшити, волꙗ не има да дасть, ть часа да греде опеть с книгомкь цароу, да ѡповѣда цароу.**” Обавеза послушности царевих поданика прописана је без обзира на то коме је исправа упућена, стога ова регула спада у оне које поштују начело универзалности примене права, које није било усвојено у нашем средњовековном законодавству. Помен царице на овом и доцнијим местима је последица стварне потребе – не само апстрактна заповест. Она се често појављивала као самостални центар моћи: учествовала је у мужевљевим преговорима са царем Јованом Кантакузином,[96] а остало је забележено и њено отказивање послушности супругу, које је довело до једног међународног инцидента.[97] Проблематично је само то што ова норма

95 За више о значењу баштине, Раде Михаљчић, „Баштина”, Сима Ћирковић, Раде Михаљчић (ур.), *Лексикон,* 31–32.

96 „Јован Кантакузин” (прев. и ком.: Сима Ћирковић и Божидар Ферјанчић), Фрањо Баришић, Божидар Ферјанчић (ур.), *Византијски извори за историју народа Југославије том VI*, САНУ, Београд. 1986, 394–399.

97 У питању је царичино самоиницијативно примењивање тзв. обалског права, које је Душан претходно укинуо, у односу на Дубровчане. На послетку је цар из властитих средстава намирио њихове захтеве у вези са спорним питањем. А. В. Соловјев, *Законик*, 287.

остаје наизглед *lex imperfecta*, с обзиром на то да за одбијање послушности царевој исправи није предвиђена санкција.[98]

Следећи уређује примање туђег човека, себра, што је био један од тежих преступа из времена Првог законика, истичући, поново, универзалност примене права, без обзира на статус и друштвену моћ, укључујући и царско достојанство: „**Повеленїе царьскѡ: Никто ничиюга чловѣка да не прїиме, ни царь, ни царица, ни црьква, ни властелинь, ни прочїи кто любо чловѣкь да не прїиме ничиюга чловѣка без҃ книге цареве. Такози да се каже кто любо како и невѣрникь.**” Овде ни царева власт није неограничена: његова заповест о прејему морала је да буде у одговарајућој форми, како би производила резултате. Као и у претходно обрађеном члану, ни овде се не наилази на санкцију већ само на упућивање на сходно кажњавање (као за неверу), прописано у Скраћеној Синтагми.[99]

Није од малог значаја ни чињеница да се царица Јелена (у монаштву Јелисавета) помиње у знатном делу повеља њеног мужа и сина, са импресивном титулатуром. Тако, на пример, заједничка повеља Манастиру Светих Арханђела код Призрена из 1353. године, помиње је као „**благовѣрною и хрїстолюбивою и царства ми прѣвьзлюблен҆ною царицею кѵра Єленою, августиюю**”.[100] Цар Урош, у повељи епископу мелничком из 1356. године, о њој пише као о „**госпоги ми и матери в҆седрьжавнои и аоугоусти, царици Иелисав҆те, матери царства ми**.”[101] Овакви помени не представљају тек протоколарно уважавање. Наиме, Јелена је и у то доба[102] активно учествовала у политичком и дипломатском животу, о чему, између осталог, сведочи и повеља њеног сина о даровању острва Мљета дубровачким властелинима, где се отворено каже да је одлука донета у договору („**зговоривь се**”) са царицом, патријархом, најзначајнијим црквеним великодостојницима и читавом властелом.[103] Поред свега изнетог, извесно је и да је издавала сопствене повеље које, нажалост, нису сачуване до данашњих дана.[104]

98 Ђ. Бубало, „Време”, 125.

99 За анализу овог дела в. А. В. Соловјев, *Законодавсшво,* 171–173.

100 С. Новаковић, *Сйоменици*, 701. Слично поштовање Душан показује према својој мајци „... **госпожди и матери царства ми, благочьстивои кралици кира Өеодорѣ**...”, *Ibid.,* 631.

101 *Ibid.,* 308.

102 И после мужевљеве смрти и скорог монашења, царица наставља да управља значајном облашћу са центром у Серу, барем до средине 1365. године. За више: Георгије Острогорски, *Серска обласш йосле Душанове смрши,* Научно дело, Београд 1965, 3–9.

103 А. В. Соловјев, *Сйоменици,* 160.

104 С. Новаковић, *Сйоменици*, 475.

Но, шта све ово говори о положају царице у доба Царства? Прво, њена улога није била церемонијална ни формална, већ је носила суштинску моћ, која се морала наћи под законом. Она је могла имати све ингеренције највишег властелина, уз поједина овлашћења иначе везана само за цара, као што је, рецимо, прописивање царинског намета Дубровчанима („*... de donando domine imperatrici in cera y perperos C super mercationes que portabuntur in Sclavoniam*").[105] Друго, она се јавља у појмовној асоцијацији са царем (поред обрађених, и у члану 187), што јој додатно даје на значају. Поврх свега, за њу је резервисана и једна уникатна привилегија – ноћивање у мушким манастирима.

4. ЗАКЉУЧАК

Законик, као и остатак Душановог законодавства, доноси доста материјала о женама, који је тек делимично расправљен у претходном делу рада. Међутим, одговори на два питања би требало да помогну да се ефикасно закључи обрада њиховог статуса.

Првенствено: због чега су за жене прописане дискриминација и привилегије на које се наилази у нормама? Ово питање се мора посматрати у два главна правца: полност и материјално стање. Наиме, поимање жене као нежнијег пола исходује битно другачији правни третман: с једне стране, рецимо, она не може бити утамничена за дуг и привилегован је поверилац свога супруга,[106] али јој, с друге, не приличи да војује и суди. Дакле, јамче јој се нека права мушкарцима недоступна, а лишава се појединих обавеза/привилегија њима својственим. Она се третира „повољније" управо због тога што се универзална примена права сматра неправедном према њој, без обзира на њен иметак. На другим местима (рецимо, код заштите сироте и посебног јамчења неповредивости имовине од стране мужа), превагу односи њен претпостављени лошији имовински положај, а не њена полност. Посебне норме се, са овог становишта, доносе како би се заштитила од крајњег сиромаштва или претераног потчињавања мужу, чиме се донекле коригују у оно време и даље важећа правила, рецимо Номоканона Светог Саве и Жичких повеља.

Најпосле: шта нас то може навести да устврдимо да је положај жене, овако уређен у општим правним актима, икада прешао у фактицитет? Премда су извори о средњовековној правној пракси у овој

105 *Ibid.,* 173.

106 М. Властар, 183, 360.

области малобројни, што оставља одређену могућност отклона према закључцима изведенима из њих, они ипак откривају доста о примени права. Рецимо, у оба најпознатија сачувана купопродајна уговора српског средњег века, Призренском и Трепчанском, као продавци се појављују жене; властелинке издају сопствене повеље, уређују своје баштинске цркве и обилато помажу манастире, најчешће са својом децом. Дакле, женско учествовање у правном животу овога доба нипошто се не сме сматрати изузетком, већ нечим сасвим природним.

Ово су само неки од доказа суштинског положаја жене у време Душанове државе. Иако је умногоме била типична средњовековна монархија, са великим различитостима међу сталежима и међу половима, ипак је, својом регулативом, учинила напоре да подвлашћене заштити од повлашћених. Универзална примена права није била својствена овом времену, тако да ће се тај циљ остваривати посебним методом: привилеговањем и ослобођењем од неких обавеза. Управо у томе лежи значај Душановог законодавног рада. Сваким доцнијим читањем, све очигледнија бива његова инвенција и уобличавање права вишенародног царства, са свим његовим многобројним разликама. Ово му омогућује да буде стална тема за проучавање кроз различите научне дисциплине.

Српско царство, иако тек трептај у домаћој и светској историји (1346–1371), оставило је трајан и немали допринос у различитим областима. Његов правни значај се огледа у важењу одредаба његовог Законика у наредним деценијама (у току којих, уз измене, наставља свој живот као позитивно право држава-наследница, остатака царевине) и вековима (кроз преписе који су коришћени као извори аутономног права Српске цркве у оквиру правних система страних држава). У доцнијим бурним временима, његове поједине одредбе губе на значају, а та се инволуција, те профанизација права нарочито негативно одразила на положај жена. Оне морају задржати све традиционалне улоге које су до тада „играле"; поред тога, неретко ће се сретати и као главе породица (кућа). С друге стране, нестанком српских држава и државног поретка, правна правила и гарантије које су уживале такође се губе. Социјална права сиротих не могу обезбеђивати задужбине окрњених или потпуно одузетих поседа; српска властела у потпуности ишчезава као сталеж, а са њом и све привилегије које би властелинке могле имати. Таква аномија отвара пут враћању домаћег неписаног, обичајног права. Незавидном положају жена ће, ипак, понајвише допринети векови проведени под османском окупацијом, у току којих ће и ово право знатно инволуирати, закржљати и профанизовати се, без државног и друштвеног фактора који би га

одржавао и унапређивао. Биће потребно више стотина година како би се права жена у свим сегментима издигла или барем уподобила са онима која су уживале у време Душановог Законика.

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

„Јован Кантакузин" (прев. и ком.: Сима Ћирковић и Божидар Ферјанчић), Фрањо Баришић, Божидар Ферјанчић (ур.), *Византијски извори за историју народа Југославијетом VI*, САНУ, Београд 1986, 394–399.

Законик цара Стефана Душана (издао и превео: Никола Радојчић), Српска академија наука, Београд 1960.

Димитрије Богдановић, Милорад Павић, Милорад Ђурић, Милисав Савић (ур.), *Душанов законик*, Просвета/Српска књижевна задруга, Београд 1986.

Ђорђе Бубало (ур.), *Душанов законик,* Завод за уџбенике/Службени гласник, Београд 2010.

Матија Властар, *Синтагма* (прев. Татјана Суботин-Голубовић), Српска академија наука и уметности, Београд 2013.

Биљана Марковић, *Јустинијанов закон – средњовековна византијско-српска правна компилација,* Српска академија наука и уметности, Београд 2007.

Стојан Новаковић, *Законик Стефана Душана цара српског 1349 и 1354,* Књижарница Полет, Београд 1898.

Стојан Новаковић, *Законски споменици српских држава средњега века,* Српска краљевска академија, Београд 1912.

Александар В. Соловјев, *Одабрани споменици српског права (од XII до краја XV века),* Издавачка књижница Геце Кона, Београд 1926.

ЛИТЕРАТУРА:

Милош Благојевић, *Српска државност у средњем веку,* Српска књижевна задруга, Београд 2011.

Иван Божић, „Коњ добри и оружје (уз члан 48 Душановог законика)", Зборник Матице српске за друштвене науке 13–14/1956, 82–91.

Станоје Бојанин, „Брачне одредбе Жичке повеље између црквеног и народног концепта брака", Бојана Крсмановић, Љубомир Максимовић, Радивој Радић (ур.), *Византијски свет на Балкану*, Византолошки институт САНУ, Београд 2012, 425–442.

Ђорђе Бубало, „Шта значи отрок у српским повељама?", *Зборник Матице српске за историју* 56/1997, 19–58.

Ђорђе Бубало, *Српски номици,* Византолошки институт САНУ, Београд 2004.

Ђорђе Бубало, „Време Душановог законика", *Slověne 2/*2015, 119–140.

Никола Вучо, „Економика средњевековне Србије кроз Душанов законик и манастирске повеље", Никола Радојчић (ур.) *Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана*, Српска академија наука, Београд 1951, 183–207.

Душанка Динић-Кнежевић, „Жене у огледалу Душановог законика", Сима Ћирковић, Коста Чавошки (ур.) *Законик цара Стефана Душана: зборник радова са научног скупа одржаног 3. октобра 2000, поводом 650 година од проглашења,* САНУ, Београд 2005, 57–65.

Јован Ковачевић, „Члан 48 Душановог законика и инсигније", *Историјски часопис књ.3*/1951–2, 466–467.

Марко Костренчић*, Fides publica (јавна вера) у правној историји Срба и Хрвата до краја XV века,* Српска краљевска академија, Београд 1930.

Нина Кршљанин, „Сталешка неједнакост у казненом праву Душановог законика", *Страни правни живот* 3/2012, 41–68.

Нина Кршљанин, „Краљ као заштитник цркве: правна анализа Жичких повеља Стефана Првовенчаног", Љубомир Максимовић, Срђан Пириватрић (ур.) *Краљевство и архиепископија у српским и поморским земљама Немањића. Тематски зборник у част 800 година проглашења краљевства и архиепископије свих српских и поморских земаља Немањића*, Историјски институт, Београд 2019, 413–449.

Биљана Марковић, „Наследно право у Душановом законику и у Закону цара Јустинијана", Сима Ћирковић, Коста Чавошки (ур.) *Законик цара Стефана Душана: зборник радова са научног скупа одржаног 3. октобра 2000, поводом 650 година од проглашења,* САНУ, Београд 2005, 67–79.

Милош С. Милојевић, *Путопис дела праве Старе Србије, свеска трећа*, Књиге Обрадовић СМ д.о.о, Београд 2018.

Зоран Мирковић, „Судије „царства ми" Душановог законика", Сима Ћирковић, Коста Чавошки (ур.) *Законик цара Стефана Душана: зборник радова са научног скупа одржаног 3. октобра 2000, поводом 650 година од проглашења,* САНУ, Београд 2005, 21–35.

Зоран Мирковић, *Српска правна историја,* Универзитет у Београду/Правни факултет Центар за издаваштво и информисање, Београд 2017.

Стојан Новаковић, „Село: из дела „Народ и земља у старој српској држави"", *Глас* XXIV/1891, *https://www.uzzpro.gov.rs/doc/biblioteka/digitalna-biblioteka/1891%20Selo%20iz%20dela%20narod%20i%20zemlja%20u%20staroj%20srpskoj%20drzavi%20.pdf,* приступљено 5. 12. 2020.

Георгије Острогорски, *Серска област после Душанове смрти,* Научно дело, Београд 1965.

Никола Ф. Павковић, „Живот у породици и питање својине", Смиља Марјановић-Душанић, Даница Поповић (ур.), *Приватни живот у српским земљама средњег века,* Clio, Београд 2004, 300–322.

Александар В. Соловјев, „Уговор о куповини и продаји у средњевековној Србији", *Архив за правне и друштвене науке* XV (XXXII)/1927, 429–448.

Александар В. Соловјев, *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка,* Скопско научно друштво, Скопље 1928.

Александар Соловјев, *Жене као поротници у Душановом законику,* Архив за правне и друштвене науке, Београд 1939. (посебно издање)

Александар В. Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године,* Српска академија наука и уметности, Београд 1980.

Садуша Ф. Рецић, „О друштвеном статусу жене у досредњовековној и средњовековној Србији", *Зборник радова Филозофског факултета* XLI / 2011, 515–535, *https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0354–3293/2011/0354–32931141515R.pdf,* приступљено 14.9. 2020.

Теодор Тарановски, *Историја српског права у Немањићкој држави*, Лирика, Београд 2002.

Сима Ћирковић, Раде Михаљчић (ур.), *Лексикон српског средњег века,* Knowledge, Београд 1999.

Божидар Ферјанчић, Сима Ћирковић, *Стефан Душан*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 2005.

Александра Фостиков, „Жена – између врлине и греха", Смиља Марјановић-Душанић, Даница Поповић (ур.), *Приватни живот у српским земљама средњег века,* Clio, Београд 2004, 323–366.

Срђан Шаркић, „Неколико напомена о правном положају жена у средњевековном српском праву", *Правни живот – часопис за правну теорију и праксу 9/2001*, 565–571.

Срђан Шаркић, „Правни положај властеле у средњовековној Србији", Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2010, 7–27.

Срђан Шаркић, „Правни положај влаха и отрока у средњовековној Србији", Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2010, 37–53.

Срђан Шаркић, „Правни положај странаца у средњовековној Србији", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 53–67.

Đorđe STEPIĆ*

LEGAL POSITION OF WOMEN IN DUŠAN'S CODE, WITH SPECIAL REFERENCE TO NOBLEWOMEN

Summary

Dušan's Code continues the earlier regulation of legal relations following the local legal tradition, paying a lot of attention to the legalization of social stratification: determining the legal position of different categories of the population in different ways. In addition to their social status, their sex also had a great influence on their position: through the regulation of the general position of the „poor spinner" and the procedural one of the „poor woman", as well as through other provisions on the legal position of women. At the opposite end of the social spectrum are female members of the ruling class – the noblewomen. They are found especially in the matter of inheritance law, less so in criminal and other branches of law. In addition to the analysis of the rules that apply to them, the paper will also address the specifics of the application of other, „neutral" rules to the status of women in Dušan's empire, as well as those concerning the „Lady Empress", to which certain issues of public law are related. Finally, conclusions will be drawn on the legal status of (noble)women in the Serbian Empire, as well as their placement in the context of the rights of the Nemanjić Serbia.

Keywords: *Dušan's code. – Legal status of women. – Noblewomen. – Application of law.*

Рад приспео / Paper received: 14.11.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 30.12.2020.

---

* The author is a fourth-year student of bachelor academic studies at the University of Belgrade, Faculty of Law, stepic.dj@gmail.com. The paper has been presented at the Iustoria 2020 conference.

UDC 347.626(410)"04/14"

CERIF: S149, H 220, H300

DOI: 10.51204/HLH_20202A

Милица РИСТИЋ*

ПОЈЕДИНИ АСПЕКТИ ГРАЂАНСКОПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА УДАТИХ ЖЕНА У СРЕДЊОВЈЕКОВНОЈ ЕНГЛЕСКОЈ

Долазак норманских племена на подручје Енглеске неминовно је значио и утицај обичаја ових племена у формирање новог правног система, познатог као „common law". Настао у пракси путујућих судова Хенрија II Плантагенета, овај систем је врло брзо установио судски преседент као основни извор права, што га је учинило битно различитим у односу на европско-континенталне правне системе. Са аспекта положаја жене, common law свијет не разликује се ипак пуно од својих континенталних комшија. Он је претежно мушки свијет, о чему свједочи и чувена Блекстонова (Blackstone) мисао да су муж и жена једно, а то једно је муж. Удајом је жена губила пословну способност, а њена личност утапала би се у власт мужа над њом и њеном имовином. Узимајући у обзир и многа друга ограничења права жена која ће бити обрађена у раду, не изненађује устаљено мишљење да су најбољи статус у средњовјековној Енглеској уживале удовице, захваљујући институту удовичког ужитка (dower). То ће временом исправити појава система правичности и нарочито института trust. Овај рад посвећен је етапама развоја која су права удатих жена у средњовјековној Енглеској прошла од потпуне обесправљености до своје афирмације, те нарочито томе какав су допринос у том развоју дале установе система правичности.

Кључне ријечи: *Енглеска. – Средњи вијек. – Common law. – Feme covert. – Dower.*

* Асистент на ужој научној области Римско право и историја права и државе на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци; Студент мастер студија на Правном факултету Универзитета у Београду; milica.ristic@pf.unibl.org Рад је изложен на конференцији „Iustoria 2020: Законици и жене".

1. УВОД

Полазећи од епистемолошког приступа праву, пред сваким ко се икада бавио темељним правним принципима неминовно се отвара питање да ли праву прићи искључиво као нормативном скупу или га посматрати као факт који егзистира у датом времену и простору. Међутим, чак би се и они који право нису одабрали као позив вјероватно сложили у томе да би давање предности било којем од ова два приступа значило окрњити истраживање природе права и његовог развоја; многи би такође били сагласни у тврдњи да право није (иако је то вјероватно прва асоцијација при његовом помену) искључиво скуп норми које би требало да чине један хијерархијски сложен и смислен систем. Заправо, свакодневне животне ситуације чак би и лаицима могле да послуже као доказ тврдње да је право сложена друштвена, нормативна и психичка појава, посљедица друштвеног развоја, али и вољни човјеков акт.[1]

Примјер ране средњовјековне Енглеске један је од оних који потврђују овакав став. Снага енглеског племства, изражена као нигдје другдје у средњовјековној Европи, довела је до тога да се примјена једног античког правног система који ће касније послужити као заједнички извор и непресушна инспирација континенталним правницима, окрутно забрани. Због свега пар сентенци које је енглеска властела сматрала потенцијалним окидачем за јачање краљевске власти, право античког Рима биће потиснуто. Али ни централна власт, оличена у личностима неких изузетно предузимљивих краљева, неће остати без одговора на ова ограничења своје моћи. Име Хенрија II Плантагенета спомиње се кроз историју чешће као име способног владара, него као мудрог законодавца, а ипак је за вријеме његове владавине правни систем доживио драстичну трансформацију и своје форме и своје суштине.[2] Поменути краљ први је увео праксу „путујућих" судова, који су у краљево име дијелили правду и формирали особен систем општег права под називом *common law*.[3] Дотадашње енглеско право доживљава радикалне промјене око 1200. године, када све теме породичног права, као што су имовинска права жена, „право љубазности", *free bench* (право на кориштење непокретности које остварује супруга након смрти свог мужа) и многе друге постају објекти

1 Антун Маленица, *О методу историјскоправне науке*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 12.

2 Frederic Pollock, Frederick William Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I: Volume I*, Cambridge University Press, Cambridge 1895, 115.

3 Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, 214.

ревизије посматрано из угла норманског типа феудализма и обичајног права.[4] О томе да нормански дух није заобишао ни брачно и породично право свједочи и Хало *(Hahlo)* када каже да је *common law* свијет мушки свијет. Он даље наставља: „Није ту било бесмислица о једнаким правима, јединственим стандардима за полове или женском праву гласа."[5] Немогуће је говорити о положају удате жене у *common law* систему, а да се не спомене Блекстон (*Blackstone*) који истиче: „У праву су муж и жена једно лице; правна егзистенција жене је суспендована током трајања брака или је бар инкорпорисана у мужеву личност, испод чијег крила и заштите она може да поступа... зато се женино стање у браку и назива прикривањем."[6] Управо се ова Блекстонова изјава, изречена први пут у његовим *The Commentaries on the Laws of England* (1765), кодификацији енглеског и америчког права, сматра правним оквиром за настанак доктрине *feme covert*. Концепт прикривања или *feme covert* (дословно „прикривена жена"), чија се пословна способност у потпуности утапа у мужевљевој остао је још вијековима најважнија карактеристика енглеског средњовјековног брака, а његова суштина састојала се у јединству личности мужа и жене.[7] Одсуство пословне способности значило је за жену потпуну немогућност закључивања правних послова или посједовања имовине. Без сагласности мужа, удата жена није могла да се школује или да ради, а чак и када би уз пристанак мужа радила, њена дужност била је да сва своја примања повјери мужу. С обзиром на то да није

4 Michael Sheehan, *Marriage, Family and Law in Medieval Europe*, University of Toronto Press, Toronto 1996, 20.

5 Војислав Станимировић, *Брак и брачна давања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006, 135.

6 „*By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband: under whose wing, protection, and cover, she performs everything; and is therefore called in our law-french a feme-covert; is said to be covert-baron, or under the protection and influence of her husband, her baron, or lord; and her condition during her marriage is called her coverture.*" наведено према Hazel D. Lord, „Husband and Wife: English Marriage Law from 1750: Bibliographic Essay", *Southern California Review of Law and Women's Studies* 11/2001, 1–90.

7 Упркос томе што је био жесток критичар бројних Блекстонових правних фикција, чак је и Џереми Бентам подржао теорију о јединству мужа и жене, односно доктрину „*feme covert*". О томе он говори сљедеће: „*But why is the man to be the governor? Because he is stronger. In his hands power sustains itself. Place the authority in the hands of the wife, every moment will be marked by revolt on the part of the husband. This is not the only reason: it is also probable that the husband, by the course of his life, possesses more experience, greater aptitude for business, greater powers of application.*"– наведено према William Coyle, „Common Law Metaphors of Coverture: Conceptions of Women and Children as Property in Legal and Literary Contexts", *Texas Journal of Women and the Law* 1/1992, 315–336.

имала пословну способност, жена није могла да одговара за своје поступке на суду, тако да је ову одговорност за њу преузимао муж, којем је припадало и право кажњавања своје жене. Уз све наведено, није тешко закључити да је принцип *coverture* или „прикривања" био најчвршћи основ неравноправности супружника у енглеском средњовјековном браку, а уз то је и добар примјер тога како једна правна фикција може снажно и дуготрајно да остави утицај на права одређене групе физичких лица.[8]

Идеја о инфериорности жене у односу на мушкарца није откриће средњовјековне Енглеске. Још је један од највећих римских правника, Папинијан, тврдио да је правни положај жене у многим областима лошији него што је то положај мушкарца.[9] Патријархална структура римске породице жену је ставила у ранг лица *alieni iuris*, који не живе по свом, већ по праву свог *pater familias*, што је у највећем броју случајева управо њен муж. Позивајући се на Папинијана, средњовјековни коментатор Ацо *(Azzo)*[10] рећи ће да се мушкарци и жене разликују у многим аспектима и да се то огледа и у праву. Подређен положај жене у односу на мушкарца могао би се окарактерисати као типична црта средњег вијека уопште, а у овом раду настојаће се приказати неке најважније особености које је у том погледу показало енглеско средњовјековно друштво. Такав положај није се битније измјенио све до појаве новог система права – *equity law* (систем правичности). Кроз анализу појединих института овог система као и краћи осврт на јудикатуру новооснованих судова система правичности, ауторка ће покушати одговорити на питање у којем правцу и којој мјери се положај жене побољшао захваљујући управо овом систему.

2. УТИЦАЈ КАНОНСКОГ ПРАВА

Данас смо склони томе да вјерујемо да је термин *ius mulierum* (права жена) изум грађанског друштва и буржоаских револуција, периода историје у којем су традиционални окови полако почели да попуштају. Међутим, како пише Рид (*Reid*), вјероватније је да се термин *ius mulierum* већ крајем дванаестог и почетком тринаестог

8 *Ibid.*, 315.

9 *„In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum, quam masculorum."* – наведено према Анте Ромац, *Римско право,* Народне новине, Загреб 1989, 89.

10 *Azo од Болоње* или *Azzo/Azolenus,* како се често означава у изворима, један је од најпознатијих средњовјековних правника. Био је припадник чувене болоњске и глосаторске школе, а највише је остао упамћен по збирци глоса под називом *Summa Codicis,* која је оставила значајан траг и у средњовјековној Енглеској.

вијека може идентификовати у дјелима водећег канонисте тог времена, кардинала Хортензија.[11] Поменути кардинал представник је школе канонског права која ће увести корјените промјене у дотадашњи свијет западне правне традиције, а нарочито у област брачног и породичног права у којима су црквени прописи имали снагу највећег ауторитета. Како истиче Мајкл Шихан *(Michael Sheehan)*, канонско учење оставило је бројне посљедице на енглеско право и праксу.[12] Само једна у низу тих посљедица је увођење забране развода брака, који се ипак у изузетним случајевима, као што су прељуба или тешко нарушени односи између супружника, могао допустити у виду „раздвајања од хљеба и постеље" (*separatio a mensa et thoro*). Без те могућности, енглеским супружницима остајало је само да се обрате Парламенту, који би им издао акт о одобрењу развода на захтјев мужа. Међутим, раздвајање супружника овим путем представљало је дуготрајан и скуп процес.

Утицај канонског права евидентан је у још неколико битних аспеката. Прије свега, централно обиљежје форме брака постаје сагласност воља будућих супружника, чиме се одбацују стари англосаксонски обичаји који су предвиђали закључење брака споразумом између родитеља младожење и родитеља младе и плаћањем цијене младином оцу.[13] Предност се даје слободно израженој вољи младенаца, чак и онда када закључе тзв. тајне бракове без присуства црквеног ауторитета (*clandestine marriages*). Упркос томе што су овакви бракови често наилазили на осуду конзервативне средине, они су и даље били правно ваљани.[14] Супротно ономе што би можда било очекивано, за закључење ваљаног (и нераскидивог) брака по црквеном закону била је довољна размјена не више од неколико ријечи сагласности супружника, које чак нису нужно морале бити изговорене у цркви.[15]

11 Charles Reid, „So It Will Be Found That the Right of Women in Many Cases is of Diminished Condition: Rights and the Legal Equality of Men and Women in Twelfth and Thirteenth-century Canon Law", *Loyola of Los Angeles Law Review* 2/2002, 471–512.

12 M. Sheehan, 20.

13 В. Станимировић, 133.

14 Рид наводи познати случај породице Пастон, једне од најутицајнијих енглеских породица у 15. вијеку, чија се кћерка Марџери, упркос противљењу породице, тајно удала за Ричарда Кејла. Ваљаност овог брака испитивана је у поступку пред норвичком бискупијом, која је закључила да такав брак не приличи жени њеног сталежа и да је казна за Марџери нека врста „социјалног остракизма за њу, и као члана породице и као припадника посебног сталежа, али је брак и даље правно ваљан." – наведено према C. Reid, *„So It Will Be Found"*, 496.

15 Richard Helmholz, „Canonical Remedies in Medieval Marriage Law: The Contributions of Legal Practice", *University of St. Thomas Law Journal* 1/2003, 647– 655.

Канонски прописи, на челу са чувеним *Concordia discordantium canonum* или *Decretum Gratianum*, како се обично назива, који датира из 1140. године, све више су наглашавали важност индивидуалног избора у питањима која су од значаја за духовни развој.[16] Прво такво питање које се намеће је питање закључења брака, у којем он истиче да је једино пристанак будућих супружника, а не њихових породица релевантан.[17] Грацијанов концепт брака у којем изнуђени пристанак младенаца не може уопште да се посматра као пристанак врло брзо су прихватили његови сљедбеници, а затим потврдиле и папе низом декрета који су услиједили у тринаестом вијеку. Један који нарочито треба апострофирати је декрет папе Александра III *Veniens ad nos* чије одредбе истичу да ће бракови закључени без обостраног пристанка младенаца бити посматрани као неваљани. Поред тога, овај декрет значајан је и због правног стандарда *steady man (constans vir)* којег уводи као параметар за оцјену притиска под којим су се младенци (или једно од њих) нашли прије закључења брака. Другим ријечима, ако је сила или пријетња била толико јака да би чак и просјечно храбар човјек био савладан страхом и ако је брак закључен под дејством такве силе или пријетње, такав брак морао би се сматрати неважећим. Даљи развој овог правног стандарда кретаће се у смјеру његовог проширивања, тако да се послије уважава став да није само пријетња по физички интегритет лица подобна да изазове страх, већ да се изнуђивање пристанка може постићи и одређеним психолошким методама, нпр. уцјенама.

Decretum Gratianum није само поставио основ за изучавање канонског права као науке, него представља и својеврсну револуцију у борби за афирмацију женских права из још неколико разлога. Овдје ћемо се осврнути на само два: у погледу испуњавања тзв. брачног дуга *(marital or conjugal debt),* Грацијан је не само признавао, него инсистирао на потпуној равноправности брачних супружника. Његов став да жена има право да тражи испуњење својих потреба сексуалне природе од мужа потпуно једнако као што он има право да

16 Грацијан је међу првима препознао значај слободе појединца у одлучивању да ли ће закључити брак и са ким, што је означио као *facultas contrahendi matrimonium*, тврдећи да брак који се заснива на изнуђеном пристанку, не може бити ваљан. На питање да ли је ваљан брак који жена закључи без свог пристанка, он одговара: „*By these autorities, it is evident that no woman should be married to anyone except by her free will.*" – наведено према Charles Reid, „The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry"*, Boston College Law Review* 1/1991, 37–92.

17 Conor McCarthy, *Marriage in Medieval England: Law, Literature, and Practice,* The Boydell Press, Suffolk 2004, 22.

исто тражи од ње представља можда најсмјелији подухват тог времена у правцу потврде доктрине једнакости полова.[18] Сљедећи еклатантан примјер равноправности брачних супружника је кажњавање прељубе као најтеже повреде брачне дужности, у чему су такође супружници изједначени и кажњавају се истим казнама, независно од пола супружника који је прељубу извршио. Без потребе да се даље упуштамо у расправу која би превазишла оквире теме овог рада, довољно је застати на ова два примјера, која је Грацијан у свом Декрету истакао као „можда једино острво брачног живота у којем су превагнула једнака права брачних супружника, наспрам цјелокупне друштвене слике у којој су права жена озбиљно скрајнута".[19] Развој механизама који би омогућили остваривање концепта „ограничене једнакости" који је Грацијан намијенио женама, ипак је остао као задатак нараштајима његових сљедбеника.

За крај треба истаћи и важну позицију питања загробног живота и мјеста вјечног починка у животу просјечног средњовјековног човјека. Као и у животу на земљи, и у загробном животу супружници не би требало да се раздвајају, те су жене сахрањиване заједно са својим мужевима, без могућности да се постави питање њиховог евентуално другачијег избора. Међутим, надахнут Грацијановим идејама, папа Луције III (1181–1185) усвојио је декрет у којем је изнио став да би жене, једнако као и мушкарци, требало да буду слободне у избору мјеста свог покопа.[20] Упркос до тада устаљеном обичају према којем жена треба да слиједи мушкарца како у животу, тако и у смрти, жена је коначно могла да изабере мјесто гдје ће бити сахрањена и то није нужно морало да буде мјесто крај њеног покојног мужа. Већ овдје могу се назрети коријени идеје да је жена дужна да поштује ауторитет свог мужа, али да се тог ауторитета ослобађа мужевом смрћу што се изражава максимом *mulier solvitur a lege viri*. Захваљујући овом становишту које су заузели канонисти у тринаестом вијеку, данашњи *Codex Iuris Canonici* из 1983. године[21] предвиђа да би свакоме требало да буде омогућено да изабере своје (његово или њено) мјесто покопа.

18 James Brundage, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe,* University of Chicago Press, Chicago 2009, 242.

19 *Ibid.,* 257.

20 C. Reid, *„So It Will Be Found"*, 487.

21 „*Omnibus autem licet, nisi iure prohibeantur, eligere coemeterium sepulturae.*" (Свакоме је допуштено изабрати гробље за покоп, осим ако се то правом забрањује) *Zakonik kanonskoga prava s izvorima*, Glas Koncila, Zagreb 1996, 574.

3. ИМОВИНСКА ПРАВА ЖЕНА

Канонско учење ипак није у значајнијој мјери побољшало статус удатих жена племићког сталежа.[22] Суштинска неједнакост и подређен положај нису се битније мијењали вијековима; то се нарочито огледа у области имовинских права жена, гдје Полок (*Pollock*) и Мејтленд (*Maitland*) истичу да је енглеско право одлучно заузело одбојан став према заједничкој имовини супружника *(no community in England*).[23] У складу са доктрином *feme covert*, жена не само да правно престаје постојати, она губи и своју дотадашњу имовину, па чак и ситне покретне ствари (*chattel property*).[24] Тако, *Lawes Resolution of Women's Rights*[25] iz 1632. наглашава да све што је мушкарац имао прије брака остаје његово; све што му је дато по основу брака, такође је његово.[26] Доктрина *feme covert* схваћена је у тој мјери радикално да је жена уласком у брак губила и своје наруквице, накит и одјећу. Чак и на овим предметима, титулар права својине (или, како би то било правилније у складу са англосаксонским схватањем својине – држања) постајао би муж.[27] Овдје ипак треба обратити пажњу на схватања Гленвила *(Glanville)* и Бректона *(Bracton)* који истичу да, иако је жена *in potestate viri* (у моћи свог мужа), не би у тој мјери било спорно омогућити јој да располаже оним што јој је дато и поклоњено за њену личну употребу или „украшавање", као што је накит. Овакве тврдње свакако нису налазиле

22 Ипак се мора нагласити да је за успостављање имовинских права жене од пресудног значаја било поштовање вјерских формалности, као што је питање удовичког ужитка *(dower)* или права на *jointure*, чије је постојање зависило од тога да ли је жена на дан свог вјенчања на црквеним вратима јавно обдарена овим правима. – H. Lord, 4.

23 F. Pollock, F. W. Maitland, 399.

24 Anastacia B. Crosswhite, „Women and Land: Aristocratic Ownership of Property in Early Modern England", *New York University Law Review* 4/2002, 1119–1156.

25 Најчешће се преводи као „Резолуција о женским правима из 1632. године".

26 *The Lawes Resolution of Women's Rights or The Lawes Provision for Woemen (1632),* The Lawbook Exchange, New Jersey 2005, 130: *„If before Marriage the Woman were possessed of Horses, Peate, Sheepe, Come, Wool, Money, Plate, and Jewels, all manner of moveable substance is presently by conjunction the husband's, to sell, keepe, or bequeath if he die: And though he bequeath them not, yet are they the Husband's Executor's and not the wife's which brought them to her Husband."*

27 Постојала је могућност да се ова добра сматрају тзв. параферналним добрима, покретним стварима које су биле дате у оквиру мираза, али које нису постајале својина мужа. У случају развода од хљеба и постеље, жена се са парафернalном имовином могла одвојити од мужа. – наведено према В. Станимировић, 136.

свој ослонац у *common law,* али то није био разлог да супружници не практикују те обичаје.[28]

Иако је Мертонским статутом 1235. године изричито забрањена примјена римског права у Енглеској, неке установе овог античког система ипак су пронашле своје мјесто у брачном праву. У првом реду се мисли на појаву мираза, за који се испрва користио латински термин *maritagium*, а потом и енглески *dowry* или чешће *marriage portion*. Под тим називима, овај институт може се срести у *The Domesday Book* (Књига страшног суда) као и у одређеним члановима *Magna Carta Libertatum* (Велика повеља слобода), али не на начин који би очевима стварао строго одређену дужност приликом удаје њихових кћери.

Мираз се у Енглеској састојао из непокретности које су очеви остављали кћерима са циљем уношења у брак или у новцу, који би супружници потом улагали у куповину некретнина. Због овакве природе мираза, може се претпоставити да је његово давање углавном било карактеристично за племићки сталеж, једини сталеж који је могао да приушти себи такав луксуз. Мираз се у највећем броју случајева третирао као једна врста пригодног поклона за будућег зета који је њиме могао да управља и убире плодове са њега, али не и да га отуђи без пристанка жене.[29]

3.1. Положај удовица

Common law систем је слиједио дух свог времена, те је као и правни системи континенталног права, жену ставио у скоро обесправљен и инфериоран положај у односу на мушкарца. Брак је за жену „нека врста грађанске смрти; она не може закључивати уговоре са својим мужем јер су они једно лице, поклони између њих су немогући, сви споразуми закључени између њих су анулирани самим актом закључења брака; жена не може улазити ни у споразуме са трећим лицима, изразити своју вољу. Нема потребе да јој муж даје сагласност, јер она као лице и не постоји."[30] Мужева смрт за жену представља

28 Cordelia Beattie, „Married Women's Wills: Probate, Property, and Piety in Later Medieval England", *Law and History Review* 1/2019, 29–60.

29 *„Finally, Glanvill informs us that „when a man has received lands with his wife in marriage" they shall revert to the donor after the death of the wife unless the issue has been born alive; it is not necessary that it should have survived. This rule bears an obvious resemblance to the more general rule of „courtesy," but for our purpose its importance lies in the fact that until the birth of issue the husband's estate is very slender."* – Theodore Thomas Frank Plucknett, *Concise History of the Common Law,* The Lawyers co-operative publishing company, Rochester 1929, 490.

30 J. Brissaud, 1968, наведено према В. Станимировић, 439, endnote 1483.

својеврсно ослобођење, јер сада, без мужа и изван одговорности оца, она може да дјелује самостално и њена личност више није „консумирана" личношћу мужа. О томе у шаљивом тону говори и поменуто дјело *The Lawes Resolution of Womens Rights* или *The Lawes Provision for Woemen (1632)* када већ у предговору поручује удовицама да немају за чим да жале, јер су коначно слободне.

О положају удовица говори и својеврсни „први устав" у свјетској историји, како се обично назива *Magna Carta Libertatum*. У члану 7. овог акта прописано је да удовица у тренутку смрти мужа може одмах узети свој мираз и насљедство, да није дужна ништа да плати за свој удовички дио, мираз или насљедство онога што су она и муж стекли током трајања брачне заједнице, као и својеврсну заштиту удовице која има право да остане у кући свог супруга четрдесет дана од његове смрти, у којем року ће јој бити предан њен удовички дио.[31] Ниједна удовица неће бити присиљена на удају, али уколико би жена ипак жељела да ступи у други брак, *Magna Carta* даље прописује и ограничење ове слободе условљено претходно прибављеним одобрењем краља или сизерена, у зависности од тога чија је земља коју она држи.[32]

Од најранијег времена, енглеско је право осигуравало жени одређена права на мужевој имовини у случају његове смрти, а та су права вијековима позната под називом *dower*.[33] *Dower* или удовички дио је специфично обиљежје брака у средњовјековној Енглеској и уједно и једина врста заштите на коју је жена могла рачунати у случају престанка брака услијед мужеве смрти. Иако је ријеч француског поријекла, коријене овог института можемо пратити од доласка Нормана на острво. *The Domesday Book* у својим одредбама о попису посједа помиње и оне посједе који се налазе у рукама жена управо по основу удовичког ужитка, али ту такође сазнајемо да се није радило

31 Magna Carta (1215), *https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/_files/resources/texts/c/1215%20Magna%20Carta.pdf*, приступљено дана 2.8.2020. године: „*A widow, after the death of her husband, is immediately and without any difficulty to have her marriage portion and her inheritance, nor is she to pay anything for her dower or her marriage portion or for her inheritance which her husband and she held on the day of her husband's death, and she shall remain in the chief dwelling place of her husband for forty days after her husband's death, within which time dower will be assigned her if it has not already been assigned.*"

32 „*No widow shall be compelled to marry so long as she prefers to live without a husband, provided she gives security that she will not marry without our consent, if she holds from us, or without the consent of her lord from whom she holds, if she holds from another." Ibid.*

33 George Haskins, „The Development of Common Law Dower", *Harvard Law Review* 1/1948, 42–55.

о апсолутном и неотуђивом праву, јер је додијељена имовина након смрти удовице морала припасти оставиочевим синовима. *Dower* је испрва зависио од слободне воље мужа, али касније све више постаје предмет интересовања законодавства, које прописује да удовици мора остати једна трећина брачне имовине. Та се брачна имовина може састојати у ситнијим покретним стварима или новцу, али се ипак најчешће ради о непокретностима (*dos nominata*) које муж именује на црквеним вратима приликом закључења брака.[34] Временска одредница је у овом контексту изузетно важна, јер су поклони између супружника у току трајања самог брака били забрањени. Подаци показују да муж није био везан прописима о висини *dower* – а, тако да је по својој вољи могао својој жени оставити и мање, али и више од онога што је закон налагао, руководећи се најчешће локалним обичајним правом.

Dower је тако постао једина мјера економске и социјалне заштите удовица, али је од значаја био и млађој дјеци која због права примогенитуре нису полагала насљедно право на очеву земљу. Заштићен од потраживања повјерилаца, *dower* је удовицама обезбјеђивао и одређен социјални статус у друштву у којем је тај статус у највећој мјери зависио од држања земље. Уколико је муж током закључења брака испоштовао процедуру и именовао тачно одређене непокретности на којима ће се након његове смрти установити удовичко право, а онда током трајања брака отуђио те непокретности без њеног пристанка, удовица је имала право да путем евикције захтјева повраћај непокретности од вазала свог мужа по основу *dower*-а. У супротном случају, ако *dower* није био одређен, удовица није губила право на њега, али је право на своју трећину брачне имовине могла потраживати од вазала свог мужа само уколико се претходно није успјела намирити из имовине насљедника. Право да тражи непокретности по основу *dower*-а удовица није имала уколико је дошло до престанка брака судском одлуком или развода брака њеном кривицом, као ни онда када је њен муж починио неко од тешких кривичних дјела *(felony* или *treason)*.

34 Пишући о врстама удовичког ужитка, Littleton наводи да познаје пет врста истог: *ex assensu patris dower* који се састојао у непокретностима које је будући младожења наслиједио од оца и за које је отац дао пристанак да буду унесене у брак, *ad ostium ecclesiae dower* гдје би младожења на црквеним вратима тачно означио на којим ће се непокретностима засновати *dower*, *dower by common law* који се састојао од трећине брачне имовине, *dower by custom law*, чија је висина зависила од локалних обичаја тако да је могла обухватати и цјелокупну имовину супружника и *dower de la pluis beale* у случају када је муж дио земље држао по основу војничке службе, а дио по основу другог слободног држања, тзв. сокица. – наведено у *Ibid*., 55.

Тринаести и четрнаести вијек у Енглеску доносе и побољшање животног стандарда, а такве социјалне и економске промјене неће заобићи ни *dower.* Око 1451. године први пут се у пресудама менооријалних и *common law* судова спомиње ријеч *jointure* иако је у пракси овај институт много раније почео да потискује *dower.* Радило се о заједничком држању мужа и жене, најчешће поклону учињеном од стране родитеља, гдје је онај брачни супружник који надживи другога имао право да ужива приходе са земље коју су држали током живота. Новцем који би жена унијела у брак супружници су куповали земљу која би им доносила годишње приходе од ренте, а такви би приходи онда били средство издржавања оног супружника који остане удовац или удовица.[35] Такав систем заједничке имовине био је далеко флексибилнији и много је боље одговарао имовинскоправним односима новог времена које је долазило, јер је по смрти једног од супружника заједничко имање одмах прелазило на другог, без потребе да се одређује једна трећина по праву *dower*-а. Као институт који је убрајан у право траста, *jointure* је успјешно измакао строгој контроли *common law* система, па су удовице правну заштиту свог права могле остваривати путем *equity courts,* који су имали далеко више слуха за новонастале друштвене прилике.

На крају дискусије о правима преживјелог супружника након смрти другога, не треба занемарити ни институт *courtesy of England* (право љубазности). Овај институт је, за разлику од свега до сада реченог, био вид заштите удовца који је могао доживотно да ужива мираз своје жене, посебно ако је у браку било дјеце (*tenant by the courtesy*). Таква имовина би након његове смрти припала синовима, ако их је било; ако није, у том случају би се имовина додјељивала жениној породици. У случају да је муж тај који је умро први, ова би се имовина враћала жени.[36]

4. СИСТЕМ ПРАВИЧНОСТИ

Термином *equity law* или „систем правичности" најчешће означавамо један од три основна извора права у Енглеској, који свој процват доживљава од петнаестог вијека, понајвише захваљујући дјеловању Канцеларовог суда (*Court of Chancery*). Овај суд спорове не ријешава према постојећим *common law* рјешењима, него према сопственом осјећању правде и правичности.[37] Тако је створен

35 Amy Louise Erickson, *Women and Property in Early Modern England*, Routledge, London 1995, 121.

36 A. Crosswhite, 1125.

37 С. Аврамовић, В. Станимировић, 227.

систем комплементаран *common law* систему, који је својом флексибилношћу исправљао и допуњавао *common law,* а нарочито на оним мјестима гдје је обичајно право било посебно круто и строго. Како истиче Бишоп *(Bishop)*, нигдје антагонизми између *common law* и *equity law* нису били толико опипљиви као у подручју имовинских односа супружника.[38] Правила система правичности била су дијаметрално супротна правилима *common law*, стајући у одбрану слабих и незаштићених,[39] пружајући женама заштиту тамо гдје то *common law,* због принципа прикривања, није могао. Имајући то све у виду, оправдано је када Блекстон у трећој књизи својих Коментара потврђује тезу: „*equity follows the law*".

Equity law женама је омогућио преузимање дугова, располагање имовином по сопственој вољи и закључивање правних послова. *Common law* жени не дозвољава да се појави у улози тужиоца на суду, док јој *equity law* то омогућава и то у оној ситуацији када се њен муж јавља као тужена страна. Посебно треба истаћи да је Канцеларов суд са много мање подозривости гледао на имовинске брачне споразуме између супружника, за разлику од *common law* судова који су такве уговоре оглашавали ништавим. Канцеларов суд третирао је чак и усмени споразум мужа и жене као сасвим легитиман основ за креирање засебне имовине жене, услијед чега је почео да расте број супружника који су се обраћали овом суду као форуму за изражавање свог протеста у односу на *common law* судове.[40] Предбрачни споразуми, посебно у случају када су будући супружници потицали из имућних породица, постали су омиљено средство путем којег се могла издвојити и осигурати засебна имовина жене.

У том контексту посебно важну улогу има установа траста (*trust*), за коју се са правом истиче да је једно од највећих енглеских правних открића које нема истинског парњака у континенталним правним системима.[41] Као такво, оно подразумјева преношење

38 Joel Bishop, *Commentaries on the Law of Married Women under the Statutes of the Several States and at Common Law and in Equity,* Little, Brown and Co, Boston 1873, 8.

39 L. Holcombe, 37–47.

40 W. Coyle, 318.

41 Алан Вотсон, *Правни трансплanти – приступ упоредном праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 94; такође и Ђурица Крстић, „Институт траста (*trust*) у англо – америчком праву", *Анали правног факултета у Београду*, 1–3/1998, 103–109: „Постоје, међутим, институти који ће заувек или свакако доста дуго остати специфичност једног од два велика светска система. Један од тих института је и институт траста који је карактеристичан за англоамеричко право и који нема свој еквивалент у праву земаља континенталне Европе." О бројним специфичностима траста које, према неким становиштима, његову примјену чине немогућом у европскоконтиненталном праву видјети

својине са намјером да се пренијета имовина користи у интересу неког трећег и обухвата бар три лица у специфичном односу: (1) *settlor* – преносиоца или утемељивача траста, (2) друго лице (*trustee*), на које се преноси својина, али тако да економске користи те својине не користи он, него неко треће лице, које се означава као (3) бенефицијар (*beneficiary*) или још *cestui que trust*.[42] Иако је данас претежно заступљен у области привредног права, превасходна намјена траста била је заштита оних категорија лица којима је тадашње обичајно право ускраћивало правну заштиту. Таквих је категорија било много, али нас у контексту овог рада интересују само удате жене које су се налазиле у положају бенефицијара.

У већ поменутим предбрачним споразумима, странке би одредиле повјереника или трастија *(trustee)*, који би управљао имовином за коју се *settlor* – онај који успоставља траст, јасно изјаснио да је намијењена жени како би је она могла самостално и одвојено употребљавати *(separate and sole use).*[43] Било је изузетно важно нагласити да се ради о имовини и средствима на коју ни супруг ни било које треће лице нису полагали права. Приручници тог времена пружају нам увид у то како су изгледале формулације које су користили родитељи будућих невјеста и већ удатих жена у својим тестаментима, настојећи да нарочито подвуку степен до којег су таква имовина и средства неприступачни супругу или било коме другом, посебно истичући уобичајену фразу *separate and sole use.*[44] У улози онога који преноси својину налазио би се отац жене, њена породица или муж. Они би формирали тзв. *separate estate trusts* у корист жене, која је ово своје право могла остварити путем *equity* судова. Чак је и сама

такође и Андрија Гамс, „Траст у англоамеричком систему", *Анали Правног факултета у Београду,* 3/57, 1957, 299–312.

42 Срђан Шаркић, *Општа историја државе и права*, Издавачка кућа „Драганић", Београд 1999, 187.

43 *„A woman's family or friends or the woman herself could designate certain property, whether real or personal, as being her „separate property" or „separate estate" free from her husband's common law rights of possession or control. The trustee of property under a marriage settlement was obligated to carry out the terms of the settlement or, in the absence of specific terms, to deal with the property according to the instructions of the married woman."* – L. Holcombe, 37–47.

44 *„I do further will and appoint that my Daughter D. shall have one Annuity or yearly Rent of 20. of lawful Money of England, to be paid unto her own proper Hands, and not unto the Hands of her Husband, or to the Hands of any other Husband, with whom she may hereafter marry, nor to the Hands of any other Person or Persons that may claim the same by virtue of any Assignment or otherwise, but only to her own Hands for her sole and separate Use."* – наведено према Allison Anna Tait, „The Beginning of the End of Coverture: Reappraisal of the Married Woman's Separate Estate", *Yale Journal of Law and Feminism* 2/2014, 165–216.

жена могла успоставити траст у своју корист, али уз ограничење да је то морала учинити прије брака, с обзиром на то да због принципа *coverture* такав правни посао не би могла подузети од тренутка када она и муж закључе брак.[45] Канцеларов суд отишао је још даље, интервенишући онда када би међу супружницима дошло до брачне неслоге, допуштајући жени да напусти заједницу живота и сам формирајући траст у њену корист из предбрачне имовине којом је раније располагала. Овакав начин преноса имовине имао је своје оправдање у систему *equity*, јер жена по *common law* праву суштински није била власник одвојене имовине, то је умјесто ње био трасти – њен муж, док је она своје право остваривала захваљујући принципима *equity law.* С обзиром на карактер ове установе и чињеницу да се она претежно ослања на узајамно повјерење између странака (*trust* – повјерење), двојство власничких овлашћења углавном није представљало разлог за конфликт конкурентских својинских права.[46] Али ако би до тога заиста и дошло, у пракси *equity* судова развили су се механизми који су омогућили да се потпуно заобиђу ефекти *coverture*, односно да се у оним случајевима када би трасти користио имовину из траста супротно одредбама закљученог уговора, пред судом утврди злоупотреба траста (тзв. *breach of the trust)* и остваре права жене загарантована трастом.

Овакав развој једног института допринио је у значајној мјери економском оснаживању жена, које су постале далеко слободније и мање зависне од великодушности својих мужева. Нарочит допринос Канцеларовог суда огледао се у оним браковима гдје су односи били у толикој мјери поремећени да је суд био вољан да омогући одвајање супружника тако што би омогућио жени креирање засебне имовине, довољне за њен самосталан живот.[47] Тако су и злостављане и занемариване жене добиле прилику да изађу из опасних и нарушених брачних односа, а да при том нису принуђене да моле за државну помоћ или живе у социјалним установама. Овдје ипак треба подвући

45 *Ibid*., 167.

46 Двојство власничких овлашћења и иначе је карактеристика енглеског права. Трасти је тај који је имао својину на основу *common law* (*common law* или *legal ownership*), те га бенефицијар није могао тужити уколико не испуњава обавезе из траста, али је кроз *equity law* уведена могућност да бенефицијар присили трастија да му уступи корист стечену из имовине, тако да се бенефицијар могао сматрати власником исте ствари, али по систему правичности (*equitable ownership).* – С. Аврамовић, В. Станимировић, 230.

47 *„Where the cause of the separation is the fault of the husband, and that it is by reason of his misconduct that she is unable or refuses to live with him, a wife's „equity" or right to a settlement was clear."* Barrow v. Barrow, (1854) 52 Eng. Rep. 208 (Ch.) 210–11: наведено према A. Tait, „The Beginning of the End...", 211, endnote 282.

да Суд није увијек показивао такву спремност да подржи супружнике у раздвајању, већ је случајеве процјењивао казуистички, цијенећи прије свега у којој мјери су односи били нарушени и какве су шансе да дође до евентуалног помирења и поновног спајања, вјероватно желећи да се не обрушава на старе и конзервативне норме без прijеке потребе. У предмету *Head v. Head,* муж и жена су се раздвојили због њене наводне менталне болести, при чему су се договорили да она оде да живи код своје породице, а да јој он квартално уплаћује по 100 фунти на име издржавања. Када је муж занемарио своју обавезу, жена се обратила Суду за исплату свих доспјелих обавеза које су јој припадале, што је износило 600 фунти, али и са захтјевом да се њихов договор озваничи и да се мужева обавеза за убудуће утврди судским путем. Суд није био вољан да призна жени право на ових 600 фунти, уз констатацију да је њихово раздвајање било само привремено и да је и даље постојала могућност да се помире. Спремност Суда да допринесе раздвајању супружника ипак је имала своје границе, за шта коријене сигурно треба тражити у моралним и друштвеним схватањима тог времена која су принцип *coverture* подразумјевала као природни поредак брачних односа.[48]

Према неким становиштима, мотив *equity* правосуђа да помогне остваривању економских права жена крије се у традиционалним породичним обрасцима чији је циљ било очување богатства унутар женине примарне породице. Јер, иако је право на приходе из имовине у трасту током живота остваривала жена, након њене смрти, ти би се приходи најчешће враћали њеној породици, док би муж био ускраћен за та права или би добијао само неку врсту плодоуживања. Тадашња судска пракса начелно је стајала на становишту да су жене слободне да располажу својом засебном имовином, без пристанка мужа и то нарочито у контексту послова *mortis causa,* али је ипак била значајно резервисана када се радило о тзв. *real property.*[49] Илустративан је примјер који наводи Тејт (*Tait*), а који се тиче предмета *Peacock v. Monk* гдје је жена располагала са *real property* коју је прибавила у току трајања брака захваљујући приходима са своје засебне имовине.

48 Allison Anna Tait, „The Return of Coverture", *Michigan Law Review First Impressions* 2015, 99–110.

49 „Израз *real property* не значи у суштини својину на непокретностима, већ ону која је заштићена реалном тужбом *real action*, за ралику од *personal property* која је заштићена са *personal action.* Разлика између ове две врсте тужби је у томе што се код персоналне тужбе досуђује износ у новцу, углавном нека накнада, али када је спор о својини на земљи, онда се одлучује чија је ствар и коме ће припасти." Обрад Станојевић, *Основи ӣрецедеӣноī ӣрава,* Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд 1980, 17.

Суд је стао на становишту да би таквим располагањем интереси законског насљедника били угрожени, чиме је потврдио тезу о томе колико се значаја давало томе да непокретна имовина ни под каквим условима не би требало да „напусти" круг породице. Природно, развојем друштвено-економских односа и генералном промјеном у приступу појму *coverture*, временом су нестала ограничења права удатих жена да располажу својом засебном имовином, без обзира на то да ли се ради о *real* или *personal property.*

Жене су такође постале и активни учесници у судском поступку, што раније није био случај. Канцеларов суд веома је опрезно улазио у ову материју, пазећи при том да не дира у црквену јурисдикцију, која се највећим дијелом бавила питањима моралне природе, извршавања брачних дужности или подјеле кућних послова. Из тог разлога, овај је суд сузио своје дјеловање углавном на питање имовинских права жена, са нагласком на траст, с обзиром на то да *common law* судови нису признавали овај институт. Траст је сврставан у категорију уговора или контракта, што се сматрало самом сржи *equity* права. Уколико би муж заложио засебну имовину жене или из те имовине користио средства за личне трошкове, жена се могла појавити у улози повјериоца у односу на свог мужа и наплатити своја потраживања. Постоје бројни примјери у којима је Канцеларов суд заштитио засебну имовину жене од тужбених захтјева мужевих повјерилаца, који су своја потраживања настојали остварити управо из те имовине. Постоје исто тако и примјери у којима је жена сама успјела спријечити мужа у евентуалном залагању или располагању њеном имовином, што свједочи о томе да је *equity* правосуђе своје одлуке базирало претежно на економским критеријумима, а не на принципу прикривања који је женама онемогућавао да се појаве у судском поступку.[50]

Захваљујући дјеловању Канцеларовог суда, поменутом принципу све се више назирао крај. Реформе које је извршило *equity* судство само су најавиле појаву једног новог приступа правима жена и створиле погодно тло за статутарне промјене које су услиједиле. Парламент Уједињеног Краљевства тако је 1870. године усвојио познати *Married Women's Property Act*,[51] којим је означен крај *coverture.* У правничким круговима тог времена, овај акт окарактерисан је као огроман успјех женске борбе за права, којим су различите врсте

50 „*Women, in this sense, were litigants like any others, and the [courts of equity that] heard their causes concentrated on the guilt or innocence of the parties before them, rather than on whether they were male or female.*" наведено према A. Tait, „The Beginning of the End...", 211.

51 Закон о имовини удатих жена.

држања имовине претворене у неотуђиву и апсолутну својину.[52] Иако је и данас актуелна дебата о томе колико су жене заиста профитирале од једног оваквог прописа, он је ипак остао досљедан сљедећим ставовима:[53] жена је слободна да стиче, држи и располаже по својој вољи било реалном било персоналном имовином као својом засебном имовином, као да је *feme sole*[54] и као да никад није дошло до прикривања, без посредовања трастија. Све што би жена зарадила или стекла по неком основу, као и приходи из неке њене самосталне дјелатности, нпр. бављења науком или књижевношћу, није било доступно њеном мужу. Такође је могла самостално убирати закупнину од имовине која јој је завјештана, бити власник акција и рачуна у банкама, преузимати одговорност за своје обавезе и дугове, па чак бити и повјерилац своме супругу уколико је позајмљени новац потицао из њене засебне имовине. Може бити да је до оваквог заокрета у регулативи положаја жена дошло и због прекоатлантског утицаја, јер је држава Њу Јорк још 1848. године усвојила свој *Married Women's Property Act* који је послужио као модел и за остале државе Сједињених Америчких Држава и који такође у свом првом члану прописује да било која реална или персонална имовина жене, коју је посједовала прије брака, као и приходи са те имовине, не могу бити предмет мужевог располагања, већ их само жена може самостално и одвојено употребљавати, као што је то било док није била удата.[55] Овај пропис

52 Mary Beth Combs, „A Measure of Legal Independence: The 1870 Married Women's Property Act and the Portfolio Allocations of British Wives", *The Journal of Economic History* 4/2005, 1028–1057.

53 „*The wages and earnings of any married woman acquired or gained by her after the passing of this Act in any employment, occupation, or trade in which she is engaged or which she carries on separately from her husband, and also any money or property so acquired by her through the exercise of any literary, artistic, or scientific skill, and all investments of such wages, earnings, money, or property, shall be deemed and taken to be property held and settled to her separate use, independent of any husband to whom she may be married, and her receipts alone shall be a good discharge for such wages, earnings, money, and property.*"– Lee Holcombe, Married Women's Property Act (1870) у *Wives & Property: Reform of the Married Women's Property Law in Nineteenth-Century England,* University of Toronto Press, Toronto 1983, 243–246.

54 Овај термин се користи као супротан израз термину *feme covert* и користи се да се означи статус жене код које није дошло до прикривања, односно која је остала правно и пословно способна.

55 „*The real and personal property of any female who may hereafter marry, and which she shall own at the time of marriage, and the rents issues and profits thereof shall not be subject to the disposal of her husband, nor be liable for his debts, and shall continue her sole and separate property, as if she were a single female.*" – Married Women's Property Act of 1848, *https://www.encyclopedia.com/social-sciences/applied-and-social-sciences-magazines/married-womens-property-act-1848*, приступљено дана: 3.8.2020. године.

одређује да ће и све оно што жена добије у току трајања брака, на основу поклона или завјештања од особе која није њен супруг такође бити предмет њене засебне имовине, којом муж не може располагати нити наплаћивати своја потраживања из те имовине. Како су жене стицале све више политичких и економских права, тако је и друштво почело да увиђа сву непотребност постојања принципа *coverture.*[56] Може се закључити да је пред крај деветнаестог вијека генерално дошло до радикално другачијег поимања имовинских права жена, како у Енглеској, тако и у Сједињеним Америчким Државама, а да је подлогу за такав слободнији концепт створила првенствено примјена установе засебне имовине жене, како у судској пракси, тако све више и у законодавству.

5. ЗАКЉУЧАК

Неравноправност супружника и подређен положај жене у браку свакако су међу најмаркантнијим карактеристикама брака у државама средњег вијека. У том смислу, ни Енглеска није изузетак. Такав дискриминаторски концепт, под називом *coverture* или прикривање нашао је своју потврду у дјелима енглеских правника, на челу са Блекстоном, који су срчано бранили тезу да закључењем брака муж и жена постају једно лице, а то једно је муж. И у личном и у имовинском смислу, жена престаје бити субјект права; од *feme sole* она постаје *feme covert*; само сјена мужа, јер је природно да га она слиједи увијек, па чак и у загробном животу. Принцип *coverture* добар је примјер тога како право може оснажити и дати замајац једној друштвеној конструкцији и колико далекосежне посљедице таква конструкција може да остави. Били су потребни вијекови да се друштво избори са овако конзервативним схватањима и тек ће систем правичности *(equity)* кроз један дуг, постепен и тежак процес стати у крај овом принципу и најавити промјене. Када је Парламент 1870. године усвојио *Married Womens' Property Act*, био је то само финални ударац за принцип прикривања, нешто што се дуго очекивало и на шта је Енглеску спремала јудикатура *equity* система.

У међувремену, док је *equity* лaw тек настајао и попримао обрисе извора права, било је потребно изборити се са ограничавајућим одредбама *common law* система. Изненађујуће је да је такву улогу на себе преузела римокатоличка црква, јер се она традиционално посматрала као важан фактор који је много више допринио инфериорном положају жене у браку него што је био спреман да препозна једнакост

56 A. Tait, „The Return of Coverture", 101.

полова. Тачно је да улогу цркве и утицај канонског права не треба преувеличавати, јер су у већини случајева строго слиједили идеју о хијерархијском поретку на чијем челу се налази муж. Ипак, не треба занемарити ни то да управо кардинали римокатоличке цркве први говоре о правима жена, са посебним нагласком на то да ниједна жена не би требало да закључи брак мимо своје воље. Канонско право, за разлику од *common law*, није жени у потпуности одузело правну способност. Не треба заборавити ни то да је управо римокатоличка црква, у ограниченом броју случајева, дозвољавала и врсту развода познату као *a mensa et thoro* (растава од хљеба и постеље), док је са друге стране *common law* изричито стајало на становишту да је једино путем акта Парламента могуће добити одобрење развода.

Због вишевјековно лошег положаја удате жене у Енглеској, историја није била олако спремна да препозна установе *equity* система као значајне чиниоце на путу постизања равноправности и афирмације женских права. Тачно је да је примјена института засебне имовине, успостављеног у форми аутентичног енглеског института – траста, зависила од случаја до случаја и да су се у позадини оваквог института често крили мотиви породице жене да се кроз њену засебну имовину, заштићену од мужевог располагања, сачува и одржи породично богатство. Посматрано у том свјетлу, постаје јасно и зашто се *equity* тако дуго суздржавао од тога да призна правну ваљаност жениних располагања са имовином која се сврставала у *real property,* чак и онда када је *real property* прибављена од средстава из засебне имовине. Међутим, временом ће се ствари промијенити, ограничења ће полако попуштати, а жене ће стицати све више права. Већ сама чињеница да је засебна имовина намијењена за *separate and sole use* од стране жене и да је неприступачна мужу, жени је улијевала значајну економску сигурност. Из тога произилази да је жена могла располагати средствима из ове имовине по својој вољи и контролисати приходе са такве имовине, у зависности од тога шта су предвиђале формулације у трасту. У случајевима тешко поремећених брачних односа, постојање ове имовине омогућавало је жени одвојен, а пристојан живот, и излаз из насилних и неуспјешних бракова. Институт засебне имовине пружио је жени могућност и да потражује средства од свог мужа, уколико би се десило да је он за своје потребе користио њену имовину. Суд је био вољан да препозна жене као парничаре и да им пружи заштиту тамо гдје им ју је *common law* ускраћивао, те је ускоро својом праксом поставио темељ и за измјене у законодавству.

Све ово говори у прилог томе да је одвајањем засебне имовине у корист удате жене дошло до ударца у саму суштину *coverture*, чиме је и уздрман до тада строго одређен положај родних улога у

друштву. Како је економска независност најчешће предуслов за било какву другу самосталност, тако су и прве промјене наступиле управо у подручју имовинских права жена, што се врло брзо пресликало и на њихова грађанска и политичка права. Изречена прије неколико вијекова, Блекстонова теза са почетка овог рада о јединству мужа и жене данас би могла да се посматра у другачијем свјетлу; муж и жена заиста јесу једно, али једно у духовном смислу; они и треба да представљају јединство, али то јединство не може бити оличено у надмоћности и суверености мужа, већ само у међусобном надопуњавању, поштовању и једнакости.

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

Magna Carta (1215), *https://liberalarts.utexas.edu/coretexts/_files/resources/texts/c/1215%20Magna%20Carta.pdf*, приступљено дана 2.8.2020. године

Married Women's Property Act of 1848, *https://www.encyclopedia.com/social-sciences/applied-and-social-sciences-magazines/married-womens-property-act-1848*, приступљено дана: 3.8.2020. године.

The Lawes Resolution of Women's Rights or The Lawes Provision for Woemen (1632), The Lawbook Exchange, New Jersey 2005.

Zakonik kanonskoga prava s izvorima, Glas Koncila, Zagreb 1996.

ЛИТЕРАТУРА:

Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007.

Joel Bishop, *Commentaries on the Law of Married Women under the Statutes of the Several States and at Common Law and in Equity,* Little, Brown and Co, Boston 1873.

Cordelia Beattie, Married Women's Wills: Probate, Property, and Piety in Later Medieval England", *Law and History Review* 1/2019, 29–60.

James Brundage, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe,* University of Chicago Press, Chicago 2009.

Alan Watson, *The Evolution of Western Private Law*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore 2001.

Алан Вотсон, *Правни трансплантии – приступ упоредном праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010.

Андрија Гамс, „Траст у англоамеричком систему", *Анали Правног факултета у Београду* бр. 3/57, 1957, 299–312.

Amy Louise Erickson, *Women and Property in Early Modern England*, Routledge, London 1995.

Ђурица Крстић, „Институт траста (*trust*) у англо-америчком праву", *Анали правног факултета у Београду* 1–3/1998, 103–109.

Janet Loengard, „Legal History and the Medieval Englishwoman: Fragmented View", *Law and History Review* 1/1986, 161–187.

Hazel D. Lord, „Husband and Wife: English Marriage Law from 1750: Bibliographic Essay", *Southern California Review of Law and Women's Studies* 1/2001, 1–90.

Антун Маленица, *О методу историјскоправне науке*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012.

Conor McCarthy, *Marriage in Medieval England: Law, Literature, and Practice,* The Boydell Press, Suffolk 2002.

C. C. McCauliff, „The Medieval English Marriage Portion from Cases of Mort D'ancestor and Formedon", *Villanova Law Review* 4/1993, 933–1002.

Charles J. Jr. Reid, „The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry", *Boston College Law Review* 1/1991, 37–92.

Charles J. Jr. Reid, „So It Will Be Found That the Right of Women in Many Cases is of Diminished Condition: Rights and the Legal Equality of Men and Women in Twelfth and Thirteenth-century Canon Law", *Loyola of Los Angeles Law Review* 1/2002, 471–512.

Theodore Plucknett, *Concise History of the Common Law,* The Lawyers co-operative publishing company, Rochester 1929.

Frederic Pollock, Frederick William Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I: Volume I and II*, Cambridge University Press, Cambridge 1895.

Анте Ромац, *Римско право*, Народне новине, Загреб 1989.

Michael Sheehan, *Marriage, Family and Law in Medieval Europe,* University of Toronto Press, Toronto 1997.

Војислав Станимировић, *Брак и брачна давања,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2006.

Обрад Станојевић, *Основи прецедентног права,* Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд 1980.

Susan Staves, „Chattel Property Rules and the Construction of Englishness, 1660–1800", *Law and History Review* 1/1994, 123–153.

Allison Anna Tait, „The Beginning of the End of Coverture: Reappraisal of the Married Woman's Separate Estate", *Yale Journal of Law and Feminism* 2/2014, 165–216.

Allison Anna Tait, „The Return of Coverture", *Michigan Law Review First Impressions* 2015, 99–110.

H. H. Hahlo, „The History of the Roman-Dutch law of Marriage", *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal for Contemporary Roman-Dutch Law)* 2/1943. 68–93.

George L. Haskins, „The Development of Common Law Dower", *Harvard Law Review* 1/1948, 42–55.

Richard Helmholz, „Canonical Remedies in Medieval Marriage Law: The Contributions of Legal Practice", *University of St. Thomas Law Journal* 1/2003, 647–655.

Lee Holcombe, *Wives & Property: Reform of the Married Women's Property Law in Nineteenth-Century England*, University of Toronto Press, Toronto 1983.

Mary Beth Combs, „A Measure of Legal Independence: The 1870 Married Women's Property Act and the Portfolio Allocations of British Wives", *The Journal of Economic History* 4/2005, 1028–1057.

William Coyle, „Common Law Metaphors of Coverture: Conceptions of Women and Children as Property in Legal and Literary Contexts", *Texas Journal of Women and the Law* 1/1992, 315–336.

Anastasia B. Crosswhite, „Women and Land: Aristocratic Ownership of Property in Early Modern England", *New York University Law Review* 4/2002, 1119–1156.

Срђан Шаркић, *Општа историја државе и права*, Издавачка кућа „Драганић", Београд 1999.

Milica RISTIĆ*

SOME ASPECTS OF THE LEGAL POSITION OF MARRIED WOMEN IN CIVIL LAW IN MEDIEVAL ENGLAND

Summary

The arrival of the Norman tribes in the territory of England inevitably meant the influence of the customs of these tribes on the formation of a new legal system, known as „*common law*". Soon after, this system established the judicial precedent as the basic source of law, which made it significantly different from European continental legal systems. However, when it came to the position of women, the common law world was the same as the continental legal systems. It was the male world, as evidenced by the famous Blackstone's thought that husband and wife are one, and that one is the husband. In the moment of marriage, the wife would lose her legal capacity, and her personality would be drowned in her husband's power over her and her property. Considering many other restrictions on women's rights that will be addressed in the paper, it is not surprising that widows enjoyed the best status in medieval England, mostly owing to the institute of *dower.* This injustice was corrected by the emergence of the justice system and especially the trust institute. This paper is dedicated to the stages of development of the rights of married women in medieval England from complete denial to their affirmation, and especially to the contribution of the institutions of equity law to that development.

Key words: *England. – Middle Ages. – Common Law. – Feme covert. – Dower.*

Рад приспео / Paper received: 2.11.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 25.12.2020.

* Research and Teaching Assistant – The University of Banja Luka; currently enrolled as student at Master Academic Law Studies at University of Belgrade Faculty of Law, milica.ristic@pf.unibl.org The paper was presented at the conference „Iustoria 2020: Law Codes and Women".

UDC 347(497.16)"18"

CERIF: S140, H230, H300

DOI: 10.51204/HLH_20203A

Матија СТОЈАНОВИЋ*

О ПРАВНОМ ПОРЕТКУ ПЕТРА I ПЕТРОВИЋА ЊЕГОША

У овом раду аутор критички преиспипитује досадашње налазе правне историографије о настанку (и нестанку) правног поректа за вријеме Петра I Петровића Његоша. Овом преиспитивању аутор приступа са два гледишта – у првом реду преиспитујући саобразност налаза претходних аутора са историјском збиљом, ослањајући се при том првенствено на историјске изворе првог степена, не би ли потом, по реконструисању историјске слике тадашњег црногорског друштва, критички преиспитао теоријско-правну вриједност изнесених аргумената, све са циљем да се ријеши питање у којој мјери се може тврдити да је у испитаном периоду настао и опстао један правни поредак.

Кључне ријечи: *Правни поредак. – Петар I Петровић Његош. – Црна Гора. – Кулук. – Законик општи Црногорски и Брдски.*

1. УВОД

У правно-историографској литератури је проблем правног поретка Петра I Петровића Његоша (1786–1830) одувијек изазивао велико интересовање. О њему је писано још током деветнаестог вијека. Први осврти на ову тему углавном су били спорадични, али у једном сагласни – да Петар I није владао црногорским племенима снагом принуде, већ ауторитетом своје ријечи.[1] То би за нас правнике данас значило – да уопште није ни владао.

---

* Студент мастер студија Правног факултета Универзитета у Београду, mato.sto1@gmail.com

1 Видјети: Лазар Томановић, *Петар II Петровић Његош као владалац*, Талија, Ниш 2020, 21.

Наиме, како каже Џозеф Раз (*Joseph Raz*) – три најопштије карактеристике правног поретка јесу то да је он: нормативан, институционализован и, у крајњој линији – принудан.[2] И док су сви пореци људског уређења по дефиницији нормативни (обичај, морал, религија), неки од њих су уз то још и институционализовани (неке религије) – једино је право, на врх свега тога, и *принудно*. Џон Остин (*John Austin)*, кога често називају „оснивачем аналитичке правне науке",[3] примјетио је да се правни прописи (заповјести): „разликују од других изјава воље не по начину на који су исказане – већ по моћи и намјери онога који заповједа да нанесе извјесно зло или бол у случају да се његова воља не испуни".[4] И док је Остин ударио темеље англосаксонској правној науци, на европском континенту: „теорију која дефинира право у терминима присиле формулирао је Јеринг слиједећим ријечима: „*Recht is der inbegriff der in einem Staat geltandend Zwangsnormen*" (Право је скуп принудних норми које важе у једној држави)".[5] Сила је, дакле, за ове ауторе била неизоставан дио права, а то је остала и за касније. Најпознатији социолог, Макс Вебер (*Max Weber)*, дефинисао је државу као „људско друштво које (успјешно) успоставља монопол легитимне употребе физичке силе у оквиру дате територије", додајући да је „држава је једини извор „права" на употребу силе".[6] А да је принудност норми неизоставна одлика правног поретка права признавали су и доцнији правни теоретичари, од којих је Ханс Келзен (*Hans Kelsen)* пружио можда најљепшу дефиницију правног поретка, дефинишући га као „један нарочити поредак моћи" („*eine bestimmte Ordnung (oder Organisation) der Macht*").[7]

Све ово значи да, ако бисмо за неки поредак хтјели да закључимо је правни, ми бисмо морали првенствено да закључимо да он је он *принудан* – да расположе физичком принудом која га чини способним да људе принуди да своје понашање усагласе са његовим прописима *независно од њихове (добре) воље*. Ово својство правног нормирања назива се *хетерономношћу* и у њему се огледа основна

2 Joseph Raz*, The Concept of Legal Systems*, Clarendon Press, Oxford 1980, 3.

3 Gvido Faso, *Istorija filozofije prava,* CID, Podgorica 2007, 623.

4 John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Camrbidge 1995, 18.

5 Norberto Bobbio, „Pravo i sila", Radomir Lukić (ur.), *Zbornik za teoriju prava sv. III*, SANU, Beograd 1987, 331.

6 Max Weber, *Politics as a vocation,* Oxford University Press, New York 1946, 3–4.

7 N. Bobbio, 336.

разлика правног у односу на друге облике нормирања, најприје моралног. Наиме, то да ли поштујемо или не поштујемо моралне норме зависи од наше добре воље. Не постоји неки спољашњи механизам чисто моралне природе који би нас натјерао да урадимо оно што ми не сматрамо обавезним. У праву то није случај.[8] С обзиром на то, одговор на то да ли је успостављен правни поредак за вријеме Петра I може се добити као одговор на питање – да ли је у Црној Гори, за његова живота, постављена трајна и постојана власт која је била способна да *силом принуде* натјера адресате (правних) норми на њихово испуњење.

Наш задатак, дакле, није је у томе да провјеримо да ли је одређени поредак *прописан,* већ да видимо да ли је тај поредак, кроз одговарајућу примјену и силу, заправо и *успостављен.* Прву озбиљнију и систематичнију анализу постојања правног поретка за вријеме Петра I пружио је Валтазар Богишић у склопу своје студије „О правним обичајима у Црној Гори, Херцеговини и Албанији" из 1873. године, као и у његовом каснијем дјелу „О методу кодификације имовинског права у Црној Гори". У првом од ова два дјела, о непостојању правног поретка у Црној Гори за вријеме владике Петра I може се закључити на основу бројних исказа испитаних Црногораца у којима се изнова сусриjеће присјећање на такозвано „бесудног доба", као и на основу изричитог Богишићевог закључка да: „Централне земаљске управе до доба митрополита Петра II може се рећи да управо није било. (...) Тек са владиком Петра II (1833) Черна Гора добија своје редовно правитељство (Сенат)".[9] Друго дјело Валтазара Богишића садржи, пак, неколико местимичних осврта на (не)постојање поретка у Црној Гори за вријеме Петра Цетињског, првенствено кроз оспоравање практично сваког значаја Законика Петра I за друштвени живот у Црној Гори, како током, тако и после његовог владиковања.[10]

Како су каснији писци тврдили, многи су се „понијели" за Богишићевим ауторитетом, тврдивши како Законик који је усвојен за живота Петра I није наишао на ширу примјену. Прва која је ову тезу релативизовала, али у начелу очувала, била је Радмила Петровић. Она је у својој историјско-правној расправи о Законику Петра

8 Josip Guć, „Moralitet i legalitet u Kantovoj etici", *Theoria Vl.* 63/2, 2020, 17–40.

9 Valtazar Bogišić, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji,* UNIREKS, Beograd – Podgorica 1999, 218.

10 Valtazar Bogišić, *Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori,* UNIREKS, Beograd – Podgorica 1999, 135.

I, објављеној у Историјским записима 1929,[11] на основу једног броја сачуваних пресуда доказала да је овај Законик ипак наишао на одређену примјену, иако сасвим ограничену.[12] Ипак, она је закључила да та примјена није била довољна да би се могло тврдити како је захваљујући њој изграђен *правни поредак*.

Следећих неколико деценија, одрична мишљења о постојању правог поретка за вријеме Петра I наставила су да доминирају правном науком.[13] После Другог свјетског рата десио се, пак, заокрет. Група историографа на челу са Бранком Павићевићем почела је да развија тезу да Законик Петра I не само да је доживио *одређену* примјену – већ да је на основу њега изграђен и цјелокупни државно-правни поредак, а сходно томе и црногорска државност. Павићевић је ову тезу представо у оквиру своје докторске дисертације, која је 1955. године објављена као књига под насловом „Стварање црногорске државе".[14] На основу проширене архивске грађе, он је намјеравао да радикално оспори налазе „грађанских историчара", пружајући једно ново тумачење нормативне стварности Црне Горе за вријеме Петра Цетињског.[15] Он је писао како „грађанска историографија није била у стању да потпуно научно објасни процес настанка црногорске државе",[16] и да „многи историчари заступају гледиште да Законик Петра I владике црногорског није био примјењиван у живот. Готово да није јасно на чему су поједини аутори темељили таква гледишта, јер у прилог таквих схватања нигдје нијесу изнијели ни један озбиљан аргумент, осим чињенице да члан 20 Законика, који се односи на завођење пореза у Црној Гори, није заиста потпуно спровођен у живот за владе Петра I".[17]

Павићевићеве закључке су наставили да његују и бројни каснији аутори. Његов рад послужио је као путоказ многим доцнијим, махом црногорским, правницима и историографима који су наставили да тврде како је за вријеме Петра Цетињског заправо настала савремена црногорска држава. Та теза се данас може сматрати општим мјестом

11 Радмила Петровић, *Законик Петра I Владике Црногорског: историско-правна расправа*, Цетиње 1929.

12 *Ibid.,* 32–33.

13 Јагош Јовановић, *Стварање црногорске државе и развој црногорске националности: историја Црне Горе од почетка VIII вијека до 1918. године,* Обод, Цетиње 1947.

14 Бранко Павићевић, *Стварање црногорске државе*, Рад, Београд 1955.

15 *Ibid., 143.*

16 *Ibid., 126.*

17 *Ibid.,148.*

црногорске (и правне) историографије. Највјерни настављачи дјела Павићевића су били: Мијат Шуковић,[18] Петар Стојановић[19] и одређени савремени писци.[20]

Ипак, ми не можемо а да не примјетимо да њихово правно-теоријско расуђивање пати од бројних слабости, чак и приликом вредновања оних извора за које они сами тврде да иду у њихову корист. У овом раду ми намјеравамо те слабости да разоткријемо и да пружимо један критички преглед развоја (правног) поретка за вријеме црногорског владике Петра I Петровића Његоша. Своја сазнања о историјским процесима заснsocваћемо на, у што је могуће већој мјери, непосредним свједочанствима тог времена: у првом реду писмима и посланицама самога владике Петра I, као и свједочанствима његових савременика.

Наше излагање биће такво да ћемо првенствено да расвијетлимо читаоцу историјски оквир у којем је Петар I дјеловао и конкретна искушења са којима се он, као политички дјелатник, сусретао. После тога ћемо да испитамо правну природу прва два писана нормативна акта који су, као одговори на та искушења, донијети током владиковања Петра Цетињског, *Одлуку* и *Стегу* из 1796. На крају ћемо се посветити главном нормативном акту донијетог за његова живота, *Законику општем Црногорском и Брдском,* чији је први дио усвојен 1798, а који је допуњен 1803.

2. ПРВИ ОСНОВИ ПОРЕТКА – ОДЛУКА И СТЕГА (1796)

Поредак који је у Црној Гори изградио Шћепан Мали (1767–1773), после његове изненадне смрти, урушио се истом брзином којом се и саградио.[21] Тај поредак био је први правни поредак у новијој исто-

18 Mijat Šuković, *Istorija Zakonodavstva Crne Gore 1796–1916,* CID / Pobjeda, Podgorica 2006; Мијат Шуковић, *Студије и есеји из историје Црне Горе,* Правни факултет, Подгорица 2003.

19 Петар Стојановић, „Практична вриједност Законика владике Петра I и Даниловог Законика", Душан Мартиновић (ур.), *Законик общи црногорски и брдски; Закониокъ Даныйла Првогъ (са историјско-правном студијом др Петра Ђ. Стојановића*), Централна народна библиотека СР Црне Горе „Ђурђе Црнојевић", Цетиње 1982; Петар Стојановић, *Настајање савременог права у Црној Гори (1850–1900),* ЦАНУ, Подгорица 1991.

20 Младен Вукчевић, *Судска власт у нововјековној држави Црној Гори до 1914. године*, САРС, Подгорица 2006; Živko Andrijašević, *Dinastija Petrović-Njegoš*, Narodna knjiga / Miba Books, Podgorica – Beograd 2016.

21 Бранко Павићевић, *Петар I Петровић Његош*, Пергамена, Подгорица 1997, 46.

рији Црне Горе. Шћепан Мали је успио да у релативно кратком периоду уради оно што бројни прије њега, а нарочито владике Данило и Василије, нису – да трајније обузда племенску анархију која је разарала црногорско друштво. Он је, по први пут у црногорској историји, успоставио трајније натплеменске судове, вјешала и извршавао смртне казне стријељањем.[22] Шћепанов поредак се није заснивао ни на каквом конкретном правном акту, већ на одређеном броју мање-више одређених, али безрезервно примјењиваних, начела.[23] Шћепан је у почетку судио сам, али ли је временом власт пренио на један број племенских главара. Године 1771, он саопштава главарима како: „Стање у нашој земљи изискује да створимо један суд од најугледнијих људи, народних првака, из разних племена, који више неће припадати једном племену, него свима нама."[24] Тада је племенска скупштина „по „царевом" предлогу, одредила дванаест најистакнутијих племенских главара из разних црногорских племена и скупштина се сагласила да ће испуњавати све закључке овог изабраног суда. Тако је образован први стални суд у Црној Гори".[25] Наиме, судови дванаесторице су у обичајном праву Црне Горе иначе били сазивани, али увјек како би ријешили неки конкретни међуплеменски спор. Трајност ових судова није постојала. Напори пређашњих црногорских владика, прије свега Данила и Василија, били су управо усмјерени на постизање трајности једног оваквог тијела. Ипак, у недостатку могућности физичке принуде, ти су покушаји, све до Шћепана, пропадали.[26]

Шћепанов суд функционисао је за његова живота са релативним успјехом. Разлог томе је био његов велики лични ауторитет. Неколико мјесеци пред смрт, како се наводи у једном млетачком документу, Црногорци „слијепо га слушају са уобичајеним фанатизмом и вјерују да је покојни цар Петар Трећи".[27] Ипак, после његове изненадне смрти, ауторитет судова се нагло урушио и оживјела је стара племенска самовоља. Шћепан „није био ни вођа народа, ни једне стране, нити је створио неки управни апарат који се послије његове смрти могао наслиједити и користити. Шћепана Малог није

22 Глигор Станојевић, Милош Васић, *Историја Црне Горе. Књ. 3, од почетака XVI до краја XVIII вијека. Т. 1*, Редакција за историју Црне Горе, Титоград 1975, 392–394.

23 Глигор Станојевић, *Шћепан Мали*, Научно дело / Издавачка установа САН, Београд 1957, 21–22, 88.

24 Ј. Јовановић, *Стварање црногорске државе*, 146.

25 *Ibid.*

26 Б. Павићевић, *Стварање црногорске државе*, 164.

27 Г. Станојевић, М. Васић, *Историја Црне Горе*, 391.

било могуће наслиједити. (...) Племенска криза, у коју запада Црна Гора послије Шћепанове смрти, биће дубља и потреснија него прије његовог доласка на власт".[28]

Ипак, иако за њим није остало конкретних институција, остало је сјећање о томе како се ваља створити натплеменски (правни) поредак у Црној Гори. „Стварањем оружаног личног одреда и касније општецрногорске страже, он је свом савременику Петру I (...) показао практичним мјерама којима се средствима може обуздати племенска анархија."[29] „Његово дјеловање у Црној Гори потврдило је стару истину да се из племенског друштва ка државној организацији не иде преко личног деспотизма него преко главарске олигархије, на чијем се челу налази једна опште призната личност."[30]

А око тога ко ће се попети на чело црногорског племенског друштва и стећи опште друштвено признање, водила се после Шћепанове смрти дуга и напорна политичка борба. Претходно устаљена пракса племена да политичко првенство придају владикама из дома Петровића, нарушена је за Шћепанове владавине од стране владике Саве Петровића тиме што је за насљедника изабрао свог сестрића из братства Бољевића, Арсенија Пламенца. И док су Петровићи губили своју династичност и политички утицај, друге породице су га стицале. Гувернадури из куће Радоњића, чији је утицај на политички живот Црне Горе прије појаве Шћепана био у сјенци црногорских митрополита, успјели су да, током његове владавине, увећају свој политички значај и утврде свој положај у друштвеној хијерархији Црне Горе и обезбиједе насљедивост гувернадурског звања у њиховом дому.[31]

Ипак, Арсеније Пламенац је недуго по ступању на митрополитиски престо умро, препустивши престо младом Петру Петровићу. Али, са митрополитским престолом није дошао и политички значај и утицај. „Знам да је мој дуг радит за слогу и мир. Бог ми је свједок да и сердцем и душом жудим и радио сам досад, ма нијесам мога учинит ништа; (...) Не могу друго нако молит Бога да пошаље међу њима мирнога ангела", писао је Петар прије него што је постао владика.[32]

Недостатак јаке личности у политичком животу Црне Горе највише је користила вјековном црногорском непријатељу, скадарском паши. Скадарски паша Бушатлија је успио да, непосредно пред

28 *Ibid.*, 395.

29 *Ibid.*, 394.

30 *Ibid.*, 395.

31 *Ibid.*, 395–398.

32 Петар I Петровић Његош, *Између молитве и клетве: сабрана дјела (пр. Весна Тодоровић и Никола Маројевић)*, Светигора, Цетиње 2015, 191.

Петрово завладичење, године 1785, Црну Гору похара и попали, не поштедивши притом ни вјековно сједиште црногорских митрополита – Цетињски манастир. Петар I се касније присјећао како је непосредно после његовог владичења Црна Гора била „потчињена потпуно влашћу" скадарског паше.[33] Самим тим, јасно се да закључити да после Шћепанове смрти у Црној Гори није било могуће сусрести не само унутрашњу слогу и поредак, већ ни потпуну спољашњу слободу.

Петар је са оним чиме је располагао, а то је био његов лични и владичански ауторитет, кренуо у обнову и помирење Црне Горе.[34] Оно што је паша срушио, он је гледао да сагради, племена која је разјединио – да уједини, слободу коју је паша отео – да поврати. Градећи мир и слогу у Црној Гори, Петар је градио и свој политички углед. Временом је постао препознат и од стране великих сила, Аустрије и Русије, које су у њему видјеле неког киме би се могле послужити приликом остварења сопствених интереса, нарочито у оквиру рата које су ове силе повеле против Турске крајем 80-их година осамнаестог вијека. Помоћ коју су ове силе тада пружиле Црногорцима омогућила је овима да се припреме за будуће сукобе са скадарским пашом, сукобе у којима ће повратити своју слободу.

Повод новим сукобима пружиће пашина намјера да покори два брдска племена – Бијелопавлиће и Пипере.[35] Ова два племена нијесу припадала Црној Гори у строгом смислу те ријечи, већ Брдима, стога Петар и Црногорци нису били у непосредној опасности или обавези да им помогну.[36] Скадарски паша је то знао, па је поручио Црногорцима да се у сукоб не миј ешају, јер ће их у супротном „ћерати љутом Албанијом". Митрополит, свјестан духовног јединства ових племена, није правио икакве разлике између Црногораца и Брђана, који су за њега били „његова браћа као и Црногорци",[37] те се заклео паши да ће их бранити „Божјом помоћу доклен један тече".[38]

Дати и испунити ове ријечи, подразумјевало је ујединити разједињене Црногорце. Већ 1795. године Петар је успио да помири племена Катунске нахије, а крајем исте године он је постигао и знатне успјехе у пограничним брдским племенима. Племена која су била најближа Скадру остала су најподложнија пашином утицају и самим

33 Бранко Павићевић, Радослав Распоповић, *Црногорски законици 1796–1916, том 1*, Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998, 84.

34 *Ibid.,* 196–198.

35 *Ibid.,* 157.

36 *Ibid.*

37 П. I Петровић Његош, 229.

38 Б. Павићевић, *Петар I Петровић*, 163.

тим најтежа за придобити. Најзад, временом су готово сва племена прихватила одлуку да се уједине у одбрани Брђана. Ту одлуку су потом званично потврдила на општецрногорском збору који се окупио 20. јуна 1786, чиме је настала „*Одлука*", први писани нормативни акт општег карактера у новијој историји Црне Горе.[39]

Одлука се, по својој нормативној суштини, обично изједначава са неколико мјесеци касније донијетом Стегом. Тако и Радмила Петровић, приликом упоређивања ова два акта, не успјева да примјети једну међу њима суштинску разлику.[40] Наиме, текст *Одлуке* у битноме гласи: „Ми, главари и старјешине и вас збор од Црне Горе, (...) једногласно рекосмо и одлучисмо и темељито се заклетвом утврдисмо (..) да хоћемо сви супроћ општега христјанскога нерпијатеља (...) војевати (...) И како се праведно и истинито заклињемо, тако нам у свачему Бог помогао!".[41]

Наиме, на основу овог исказа, ми *Одлуку* уопште не можемо квалификовати као правно-нормативан акт, јер њој недостаје, првенствено, заповједни карактер. Она, умјесто акта *заповјести,* представља акт *самообавезивања.* У првом реду, она не подразумјева двојност издаваоца и примаоца норми, а изван двојства издаваоца наредби и њиховог примаоца не може постојати ни однос *субординације* који је претпоставка правном нормирању па самим тим и праву. Ван тог двојства, важење норми се исцрпљује у њиховом издаваоцу, чиме оне представљају пуке акте самообавезивања, а не правног нормирања. *Одлука* је била управо такав акт. Она представља ничим санкционисан чин моралног самообавезивања представника различитих племена у име ступања у борбу против турског завојевача и одбране Брђана, не правни пропис.

Без обзира на то што није била правна по карактеру, и овако „ухваћена вјера" била је довољна да се Црногорци више него успјешно супротставе скадарском паши у бици на Мартинићима. У тој бици, Црногорци су пашину војску тешко потукли, освајајући притом непојмљиво морално и политичико јединство. У жељи да ово јединство очува, али и због нових покрета осветољубивог паше, Петар I је већ августа исте године организовао нову племенску скупштину, овог пута у проширеном саставу. Поновљена је одлука о одбрани Брђана и Црне Горе, и усвојен је нови нормативан акт познат као *Стега*.[42]

39 Јован Бојовић, „Законодавство и органи централне власти у Црној Гори у вријеме митрополита Петра I Петровића (1784–1830)", *Историјски записи XXXV(LV)* 1982, 5–16.

40 Р. Петровић, 15–16.

41 Б. Павићевић, Р. Распоповић, *Црногорски законици,* 3–4.

42 Б. Павићевић, *Петар I Петровић*, 163.

Сшеīа, иако исказује готово исту мисао као и *Одлука*, садржи двије за нас правнике битне разлике. Она, на првом мјесту, *садржи* двојство издаваоца и примаоца норми и између њих успоставља однос субординације. Њен текст, у битноме, гласи: „тврду и чисту вјеру (...) дадосмо (...) рекосмо и заклетвом утврдисмо (...) ако би се наша који (...) да буде издајник – такова сви једногласно предајем вјечноме проклетству (...) он (и) род његов да останет во вијек у срамоти и бесчест како издајник вјере и закона".[43]

Као што видимо, у овом случају су јасно издеференцирани – они који норму прописују (Збор црногорски) и они којима се норма упућује (сви Црногорци и Брђани), али и санкција за њено непоштовање (вјечита срамота и бесчест). Ипак, примјећујемо да прописана санкција *није йравна*, већ морална. Самим тим, ни норма, у својој цјелини, не може бити правна, већ једино морална. Иза ње, не стоји правна санкција у виду физичке принуде, већ морална – остављање у вјечиту „срамоту и бесчест". Сходно томе, будући да овај акт није праван, он не може ни служити као основ правном поретку – већ он, баш као и *Одлука*, представља облик *моралноī* нормирања.

Без обзира на то – *Сшеīа* Црногораца и Брђана била је довољно чврста да омогући овима да и по други пут тријумфују, овог пута још убједљивије, над скадарским пашом Бушатлијом. У бици на Крусима, паша је изгубио не само добар дио своје војске, већ и своју главу.[44]

Ова побједа је подигла морал Црногораца и Брђана и учврстила њихово политичко јединство као ниједна прије. Захваљујући улози коју је имао у припремама, а и у самим биткама, владика Петар је израстао у симбол црногорско-брдског јединства и слободе, уздигнувши се на мјесто оне личности од општег црногорско-брдског значаја за којом су Црна Гора и Брда, после смрти Шћепана Малог, дуго трагала. Свој новостечени значај Петар је знао добро да искористи. Он је на таласима ових побједа наумио да изгради трајнији поредак у Црној Гори и Брдима, поредак који би важио, не само у ратним, већ и у мирнодопским условима.[45] С тим на уму, он већ следеће године сазива скупштину племенских главара на којој се усваја одлука о усвајању једног броја законских норми, нама непознате садржине, али и о формирању неке врсте натплеменске владе снабдјевене оружаним силама.[46] Петар Цетињски није хтио, а није ни могао, да

43 Б. Павићевић, Р. Распоповић, *Црноīорски законици*, 7–9.

44 Б. Павићевић, *Пешар I Пешровић,* 167–175.

45 *Ibid.,* 168–180.

46 Б. Павићевић, „Први орган централне власти у Црној Гори", *Исшоријски Записи XXIII* 1–2/1970, 9.

влада монократски, већ је гледао да, по угледу на претходне владике и Шћепана Малог, сагради поредак у садејству са племенским главарима Црне Горе и Брда.

Ипак, јасно је да се тада усвојене одлуке нису могле одмах спровести у дјело. За изградњу институција била су потребна средства којима Црногорци и Брђани нису распологали. Та средства, заједно са званичним покровитељством, Петар и главари црногорско-брдски гледали су да добију од Рускога царства. Тим поводом, они у Русију шаљу изасланика са молбом да руски цар прими Црну Гору под своје покровитељство и да јој обезбиједи материјалну подршку потребну за изградњу државног поретка.[47] По свом повратку из Русије, изасланик је владику и главаре могао само дјелимично обрадовати. Русија је, будући да је Црна Гора *de iure* још увијек припадала Османском царству, молбу за пружањем покровитељства одбила,[48] али је, без обзира на то, црногорско-брдским главарима послала богату материјалну подршку и дарове. Међу даровима налазило се и ордење које је на главаре остварило нарочити утисак. Од тог ордења, владика Петар је добио оно највише – орден Св. Александра Невског. Овај орден је, како Павићевић тврди, навео Црногорце на „наивно мишљење (...) да је црногорски владар овим орденом на неки начин ушао у државно-хијерархијску номенклатуру великог Руског царства".[49]

То што је руски цар одбио да Црну Гору узме под своје покровитељство није зауставило владику да на тада сазваној скупштини објави да је Црна Гора ступила под руско покровитељство. Одушевљени даровима и овим вијестима, главари су изнова потвидили своју одлуку да се „у земљи установи нека врста милиције која би штитила ред и поредак".[50]

3. ПРВО ПРАВИТЕЉСТВО И ЗАКОНИК ОПШТИ ЦРНОГОРСКИ И БРДСКИ (1798, 1803)

Није требало дуго да прође па да се одлуке племенских главара почну остваривати. Већ октобра исте године (1798), на скупштини одржаној у манастиру Стањевићи (Цетињски манастир је још увијек био у рушевинама), донесен је *Законик општи црногорски и брдски*, познатији као „Законик Петра I". Упоредо са његовим усвајањем,

47 Б. Павићевић, *Петар I Петровић*, 175–178.

48 *Ibid.,* 178.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.,* 179.

изабран је и „први редовни централни суд – Правитељство суда црногорског и брдског, познатији у народу под именом – Кулук".[51]

Законик који је тада усвојен састојао се од 16 чланова који су били углавном кривично-правне природе. Њиме су се инкриминисали: убиство и помагање у убиству, мегдани, крађе, прељубе, физичке освете за нанешене повреде; ријечју, све оно што је традиционално нарушавало међуплеменску кохезију у Црној Гори. Замисао је била да Црногорци, умјесто у своје руке, правду убудуће потраже на суду.[52] Суд, односно „Кулук", који је тада формиран био је у много чему сличан оном суду који је својевремено организовао Шћепан Мали, а који су претходно покушали да организују владике Данило и Василије. Судску власт је требало да врше поименице назначени племенски поглавари, и то колегијално. Препуштање санкционисања оних аката који су традиционално били највећа препрека успостављању међу-племенског поретка не појединицима или племенима, већ централним органима који би представљали натплеменску власт, био је рецепт за заснивање државне управе у Црној Гори; та би управа онда, располажући апаратом физичке принуде, успоставила, умјесто анархије – правни поредак.[53]

У том смислу, са правно-теоријског становишта, рад Кулука можемо да цијенимо као одлучујући критеријум приликом рјешавања питања да ли је за вријеме Петра Цетињског успостављен правни поредак или није. Ако је Кулук испунио оне задатке које је сам себи поставио, сузбивши племенску самовољу и натјеравши Црногорце да поштују неко друго правило мимо сопствене воље, можемо рећи да је правни поредак успјешно успостављен. У супротном, остаје нам једино да закључимо како је племенити покушај изградње правног поретка пропао. „Ово је народ самовољни и непослушни, без сабље и конопца не може се нагнати на добри пут како би ваљало",[54] писао је тад владика Петар.

Одлучујући подстицај да Кулук, а преко њега и Законик и поредак, заживи пружила је одлука рускога цара из 1799. године којом је Црној Гори одређена годишња субвенција у износу од 1.000 холандских франака.[55] Од тог тренутка, „црногорска државна каса се налазила на руском државном буџету",[56] а опстанак на том буџету

51 Б. Павићевић, *Петар I Петровић*, 192.

52 За детаљну студију о законику види: Р. Петровић.

53 Б. Павићевић, *Стварање црногорске државе*, 110–121; Ђоко Пајовић, *Црна Гора у доба Петра I и Петра II,* Народна књига, Београд 1981, 54–59.

54 Б. Павићевић, *Стварање црногорске државе*, 130.

55 Б. Павићевић, *Петар I Петровић*, 191.

56 *Ibid.,* 182.

показаће се судбоносним за Црну Гору и поредак који се у њој имао изградити.

Успостављање поретка није текло лако. Владика Петар није имао средства којима би племенске главаре могао да принуди да изгласани Законик поштују и примјењују, већ је његова примјена зависила искључиво од њихове добре воље, на коју је владика Петар могао утицати готово искључиво молбама и клетвама. Колико је тешко било на ту вољу утицати, свједочи чињеница да је владика Петар већ следеће године по доношењу Законика (1799), морао поново да сазива скупштину и окупља главаре не би ли ови поновили своју заклетву да ће се управљати и судити по Законику.[57] Но, и поред ове *поновљене* заклетве, владика је морао, четири године касније (1803), поново да моли главаре да се усагласе и почну судити по Законику, пријетећи да ће у супротном напустити земљу и црногорско-брдски народ.[58]

„ (...) ђе није послуха, ту не може бити суда, а ђе није суда, ту је свако зло и свака туга и несрећа и погибељ вјечна. Тешко народу у којему самоволство и непослух царствујет. Ја сам био сердцем и душом радостан уколико сте держали судника и кулукчије, разумијући да се бјеше прекратила свака смутња и лупештина у ваше племе. (...) Но колко сам таде био радостан, толико сам опет ожалошћен и невесел чујући како сте изнова започели узимат некизи самоволство и чинит зла и смутљива дјела",[59] писао је тада Петар Цетињски својим Његушима, откривајући нама колико је самовоља била укоријењена у црногорском друштву, а поготову међу главарима, па чак и онима најближим владици.

Ипак, страх да ће Црногорци и Брђани остати без свог вољеног владике овог пута је био јачи од њихове самовоље. Црногорско-брдски главари су се, по трећи пут, окупили 1803. године, не би ли своју претходно задату ријеч да ће се држати законика поновили и употпунили. Том приликом, донијета је следећа одлука:

> „Не би ли прекинули међусобно крвопролиће, (...) и бивајући стога нарочито прунуђени да прекратимо будуће зло са сагласношћу читавога збора бирамо педесет нижепоменутих чиновника да буду над нама управници, дајући им пуну власт да суде сваком Црногорцу и Брђанину, малом и великом по закону (...) доњетом 1798. године".[60]

57 Текст ове одлуке нисмо пренијели будући да је сачуван само у фрагментима услијед чега није до краја кохерентан. Ипак, на основу сачуваног се да спознати њен оквиран смисао, видјети: Б. Павићевић, *Стварање црногорске државе*, 11–12, фн. 112.

58 Б. Павићевић, *Стварање црногорске државе*, 110–113.

59 П. I Петровић Његош, 251.

60 Б. Павићевић, Р. Распоповић, *Црногорски законици,* 27.

> Смисао ове одлуке је био, као што се да видјети из текста, да се најзад постигне признање претходно изгласаног Законика и успостави пракса његовог поштовања. Прописе Законика су имали спроводити у живот поименице побројани главари, од којих сваки у свом племену. Неколико од тих главара би, по ротирајућем принципу, повремено засједало на Цетињу, у самом Кулуку, гдје би судили веће ствари.[61] Дакле, над Црном Гором је требала да се успостави једна трајнија мрежа судова, састављена од више локалних и једног централног суда, који би, заједничким снагама, укротили племенску самовољу.
>
> Из овога закључујемо да претходно овој трећој заклетви и допуни Законика, његовог нарочитог поштовања није било. Ово је навело неке ауторе да закључе како Законик уопште није био обавезујућег карактера, већ да је његово важење било факултативног (добровољног) карактера. У прилог томе истиче се и сама формулација преамбуле Законика, која гласи: „договорно установисмо закон по којему се напријед *можемо* владати и управљати (истакао – М. С.)".[62]

У сваком случају, жеља да се непоштовање Законика прекрати добила је свој нормативни исказ не само у горенаведеној одлуци већ и у 17 чланова који су на овом збору придодати Законику. Ти чланови били су претежно процесно-правне природе, њима се уредио поступак пред судом, али и увео порез којим би се ти исти судови финансирали.[63] „Ни један народ не може бити честит ни срећан, у којему законитога суда и доброг правитељства нема и ни једно правитељство без помоћи стојати неможе: зато дакле сви народи свијета на свако годиште дају у обшчу мирију порјез, колико је којему мјесту и держеви речено; (...) на ове новце биће садржати људи, који ће по законима судити", одређује двадесети члан Законика.

Овим допунама Законик је добио свој коначан израз – прописана нормативна структура тадашње Црне Горе била је заокружена. Остало је само питање – хоће ли заживјети?

4. ИЗМЕЂУ ПРАВНОГ ПОРЕТКА И САМОВОЉЕ

Оквири пројектованог правног поретка су, допуном Законика 1803. године, били коначно постављени. Сада је остало да се ријеши питање: хоће ли ове норме, кроз одговарајућу примјену, заживјети? Да ли ће се успоставити трајни судови који ће поредак довести у жи-

61 Б. Павићевић, *Стварање црногорске државе,* 116–117.

62 Видјети, Р. Петровић, 27.

63 *Ibid.,* 23–25.

вот или ће ове норме остати само мртво слово на папиру? Право које се не примјењује, није позитивно право. А још мање је онај поредак који није у цијелини дјелотворан – правни. Како каже Ханс Келзен – „важење је начин на који (правна) норма постоји".[64]

На почетку, све је упућивало на то да ће се Законик примјењивати и да ће правни поредак бити успостављен. Недуго по самом збору, митрополит пише: „по доношењу закона и по захтјеву судија и црногорског војинства, били су приведени поједини кривци, први су стављени у затвор, а други су и оковани у гвожђе, (...) неки од њих су осуђени на смрт и овог четвртог октобра стријељани. Суђење другим (...) спроведено је по закону (...) на пет јавних мјеста подигнута су вјешала, којих није било још у овој земљи".[65]

Поред тога, да су главари са ријечи прешли на дјела свједочи и пресуда „Доњанцима за припреману побуну проив власти" од фебруара 1804. године – којом се побуњеници осуђују „пред цијелијем народом да суђи за примјер свијема онијема који би се противили правитељству и његовом суду, да исти зна да ће на њега устати народ црногорски и брдски да тражи од њега одговор по сили двадесет шестога параграфа нашег Законика",[66] као и неколико других пресуда донијетих недуго по одржаној скупштини.[67] Потврду о успостављању и функционисању судова налазимо и у „Посланици Црногорцима" од 17. новембра 1803. године, у којој владика Петар са задовољством изјављује како: „не само Бјелопавлићи и Пјевишци приступише нама и суд прихватише, него и сваки Хришћанин од Ерцеговине управ до ријеке Таре (...) да границе наше утврдимо, а хајдуке и земаљске издајнике да кастигамо с помоћу Божјом, како буду заслужили".[68]

Тако да све указује на то да се Законик Петра I непосредно после скупштине спроводио живље него икада прије. Ипак, ово „златно доба", како ће га Петар касније назвати, није трајало довијека. Као што смо рекли, судбина црногорског поретка била је уско везана за субвенције које је руски цар исплаћивао Црногорцима. Нажалост, те су субвенције, после двогодишњег ратовања Црногораца на страни Руса против Наполеонове Француске, престале да се исплаћују.

64 Hans Kelsen, „On the Basic Norm." *California Law Review* 47, no. 1 (1959), 107.

65 Б. Павићевић, Р. Распоповић, *Црногорски законици,* 28–29

66 *Ibid.,* 342,

67 *Ibid.,* 334–340.

68 П. I Петровић Његош, 26.

Како свједочи сам владика Петар, али и руски архиви, царска наредба о исплати ове субвенције је 1807. године изостала.[69] Разлог томе је био Тилзитско примирје које је те године склопљено између рускога цара Александра I и Наполеона, а којим се сукоб између ове двије земље до даљњег обуставио. За Русе, непостојање активног сукоба са Французима подразумјевало је и непостојање активног интереса у помагању Црногораца. Да ствар буде гора, Црна Гора је, сходно одредбама уговора о примирју, *implicite* призната као турска територија.[70]

Ово нагло примирје оставило је Црногорце не само без даљих субвенција, већ и без много битније накнаде за све оне трошкове које су претрпјели ратујући на страни Руса. Ти трошкови су, поред стварних, подразумјевали и велику изгубљену добит у виду пропалих усјева и неискориштеног пољопривредног земљишта које Црногорци, услијед ратних обавеза, нису стигли да обраде. Због овога ће ионако тешка материјална ситуација у Црној Гори постати само тежа, глад ће постати све озбиљнија, а њу ће пратити све већи племенски сукоби и самовоља. Црногорци 1808. године пишу: „Међу нама није утврђено, већ само започето правитељство, које неимајући јакости, не може потребите начине и уредбе поставити".[71] То нејако правитељство биће осуђено да додатно ослаби, не би ли се напослијетку и сасвим угасило.

Иако су наредбе о исплати претходно назначених годишњих субвенција наставиле да изостају, а гладне године Црну Гору све јаче да притискају, Црногорци ће, одмах по обнављању француско-руског непријатељства, поново стати уз руско оружје. Поново ће ратовати уз царску војску против Наполеона, не знајући да том борбом они заправо судјелују у једном покрету који је имао за циљ да сагради један нови, конзервативни и контра-револуционарни, светски поредак. Поредак који ће по свом основном начелу бити супростављен било каквој идеји о развоју Црне Горе, која је, по својој тадашњој међународноправној суштини, представљала ништа више до револуционарно гнијездо. То је оновремено примјетио и велики аустријски канцелар, Клеменс фон Метерних, који је међународноправни статус Црногораца свео на тај „да се Црногорци имају сматрати за *народ који се налази у буни против свога законитога господара* (истакао – М. С.)".[72]

69 Бранко Павићевић, „Припреме за долазак Вукотића и Вучићевића у Црну Гору 1831. Године", *Историјски Записи* IV, 1968, 542.

70 Видјети, Б. Павићевић, *Петар I Петровић*, 339, фн. 29.

71 Р. Петровић, 32.

72 Б. Павићевић, *Петар I Петровић,* 453.

Увиђајући недоследност изградње конзервативног светског поретка и истовременог финансирања револуционарног гнијезда у срцу Европе, руски цар је, после коначне побједе над Наполеоном, „због промијењених историјских оклоности",[73] одлучио да одлуку о финансијској помоћи Црној Гори дефинитивно стави ван снаге, задајући тиме смртни ударац црногорском поретку.[74]

Петар I је касније писао књазу Милошу Обреновићу како је због своје „привржености једновјерној и једноплеменој руској империји до крајности био разорен приликом закључења рускога мира с Турцима и Французима, када је, умјесто награде, као жртва на непријатељима остављен био".[75]

Павле Ровински пише како „чим је владика вратио се у Црну Гору, одма је у њој поновио се онај стари немир и раздор, а после кратког времена претворио се је у праву анархију, *која је трајала за време док је владика живио* (истакао – М. С.). Није било ни нахије ни Брда ни у њима племена на миру, а мало се налазило и братстава, која се нису међу собом била и крвила. (...) Том својевољном злу, придружиле су се често и гладне године, на тад је народ тражио себи спасенија у пресељавању у туђе земље. (...) Владика је тужним срцем гледао биједу свога народа, али га није могао обавијестити а још мање помоћи му, јер од како је 1807 године учињен мир у Тилзиту, од тада је цар Александар пресјекао давати по оно 1000 дуката годишње, што им је цар Павле I одредио био, па јошт тада нестало је и сјенке суда и постало старо самовољство у Црној Гори".[76]

Локални главарски судови, успостављени од стране главара после 1803, све су се теже одржавали, а све чешће бивали расформирани,[77] а они који би опстајали, често не би ни судили по Законику. Временом је и сам централни судски орган, Кулук, расформиран, о чему недвосмислено свједоче каснији покушаји његовог обнављања.[78] Колико се стање у Црној Гори отело контроли, свједочи и то да се у Његушима, у срцу старе Црне Горе и братству самога владике, локални суд четири пута морао обнављати.[79] Ништа стање није било боље ни ширем Катунске нахије, а још мање у осталим нахијама и племенима. Наредне двије деценије, владика Петар ће се провести у непрестаној

73 Б. Павићевић, „Припреме за долазак", 548.

74 *Ibid.*

75 Петар I Петровић Његош, 404.

76 Павле Ровински, *Ровински о Његошу,* Обод, Цетиње 1967, 29–30.

77 Ђ. Пајовић, 67–70

78 П. I Петровић Његош, 133–134, 137.

79 Ђ. Пајовић, 107.

борби против самовоље црногорско-брдских племена, а његово готово једино средство у тој борби биће – његове посланице.

Његове посланице, крећу се између молби и клетви. Тако године 1812. владика пише Црногорцима и Брђанима како: „Ево има двадесет и четири годишта, од како сам ја међу вама постануо владиком. Ви знате у какво сам биће вас нашао, кад сам доша из туђе земље дома и како сам наша манастир и толико селах похаране и разурене, а вас нашао у домаћи рат и свијех под турски харач подлежне. Такођер и то лијепо знате колико сам труда и муке претрпио безпрестано кад на једну, кад на другу страну, молећи и заклињајући вас да се не кољете и да себе испод турскога јарма ослободите (...) Но што служи ваша слава (...) мирно живјети не хоћете (...) видим да ви сваки дан више у своје самовољство и безаконије напредујете и да вам је милије зло и срамота, него ли добро и поштење, и нека ви буде по желанију вашему. Ја се од свега зла и добра личим и до данас нити у ваше после призивајте, нити ћу се ја у њих мијешати", пише владика, потписујући се као „несрећни владика Петар Петровић".[80]

Ни десетак година касније, стање се није битно промијенило. И тад, владика Петар, сумирајући резултате својих дугогодишњих напора, пише: „молих вас да кулук и правитељство саставите (...) и ви тако учинисте; кулук и правитељство постависте, да законик царствује и да сваки законику подложен. (...) Но, будући вам милије зло него добро, не могасте правитељство међу собом трпјети, желећи да се опет на обична ваша зла и самовољна дјела повратите и да један другоме крв пијете".[81]

Ипак, упркос свим овим недаћама, владика није одустајао од намјера да у Црној Гори изгради правни поредак. Живо пратећи развој међународних околности, тражио је прилику да преко обнове руске помоћи обнови и нарушени поредак. Године 1825, он одлучује да се обрати руском грофу Гаљицину са молбом да се овај заложи за црногорску ствар пред руским властима, пишући му како: „због ненавикнутости народа на послушност и због многих противљења свему што сам предузео – увео сам Кулук (жандармерију) од педесет људи, помоћу којега је била заведена прва управа, која је по општој сагласности направила неку врсту законика, по којему се судило свакоме без пристрасности. За вријеме седмогодишњег постојања Кулука, који сам ја издржавао, у Црној Гори су свуда владали блажени мир и спокојство. По истеку седам година, и нестанком мојих моћи нијесам могао даље издржавати Кулук (...) настала (је) опасност да се народ

80 П. I Петровић Његош, 66.

81 *Ibid.*,134–135.

ували у безвлашће, рачунајуће неспоразуме и међусобно крвопролиће, нисам знао другог начина да се то избјегне него да се замоле сверуски монарси да буду милосредни према овоме народу, како би се истргао из жељезних окова и тиме добио политичку егзистенцију. На то је велики господар свемилостиво изволео одредити овоме народу неку врсту пензије од по хиљаду златника холандских годишње, што је до Тилзитског мира користио. Престала је ова помоћ и златно вријеме у Црној Гори је нестало", пише владика објашњавајући како је народ остављен без руске помоћи и „побуђен ратом који га је изнурио до ништавила и који га је учинио необузданим (...) пренебрегао своју унутрашњу организацију и управу и уронио у погубно безнађе."[82]

Ипак, писмо Гаљицину није ништа битно промијенило, баш као ни бројне посланице. Владичин представник пред руским двором, Иван Вукотић, који је пренио писмо Гаљицину, дао је оставку оправдавајући се да је ствар изгубљена и десет година закашњела. Даље заступништво Вукотић је препустио свом сестрићу Матији Вучићевићу, чије ће се залагање показати успјешнијим. Разлог томе биће то што се, недуго пошто је Вучићевић преузео ствар у своје руке, на рускоме престолу догодила смјена услијед које ће се обновити интерес руске круне за Црну Гору. Захваљујући обновљеном интересовању, у причу се поново укључује пензионисани Вукотић, који саставља детаљан план изградње поретка у Црној Гори, који руске власти одобравају.[83]

Ипак, Русија је била далеко, а стање у Црној Гори тешко. Долазак наведене помоћи требало је сачекати. О томе какви су били изгледи да до тад сам владика изађе на крај са „самовољним злом" Црногораца, најбоље свједоче његове ондашње посланице. На жалбе аустријског званичника из 1828. године, поводом држања Црногораца којим се нарушавао аустријски територијални интегритет, митрополит поручује: „ја му немам што одговорити, нако да мене Црногорци не хоће слушати и да ја не могу ништа чинити".[84] Следеће године, поводом истоврсног случаја, он поручује како: „да их по обичају нашега мјеста кастигам, што ја ни по који начин учинити не могу како и он сам знаде, него то стоји у вас и у осталијех црногорацах, а не у мене, којега нитко слушати не хоће".[85] Исте године са разочарањем закључује: „видим да моје молбе и науке ни по који начин слушати не хоћете".[86]

82 Б. Павићевић, Р. Распоповић, *Црногорски законици,* 84–86.

83 Б. Павићевић, „Припреме за долазак", 551–554.

84 П. I Петровић Његош, 166.

85 *Ibid.,* 168.

86 *Ibid.,* 170.

Чак ни пред сам крај владичиног живота, послушност црногорско-брдских племена није кренула на боље. Тако он Црногорцима у више наврата поручује: „но кад не хоћете ја вас силом нагнати не могу",[87] и: „не чудим се ја, што моја писма и моје књиге и наредбе народ слушати не хоће, јербо знам да послуха није ђе самовољство царује".[88]

На крају, ми видимо да не само што владичине ријечи нису наилазиле на очекивани пријем, већ и то да су Црногорци знали да владику и његову пратњу разјуре. „Ја држим више од тридесет момаках, не да мене служе, него да измет чине Црногорцима, којијема и ја сваки дан измет и службу чиним; но каку су Зачирани почели, ја већ не могу момке државти, ни у Црну Гору стојати, него ваља да под старост бјежим",[89] пише владика непосредно пред упокојење и, баш као и тридесетак година раније, поново истиче да му због силног самовољства Црногораца једино преостаје да напусти Црну Гору.

Ми, дакле, видимо да је у Црној Гори, лишев релативно краткотрајног периода „златног доба" током којег се Законик посредством Кулука и назначених судија успјешно спроводио, поретка није било. Ипак, свјестан преокрета у руској политици према Црној Гори и обећања да ће руски цар у њу упутити Вукотића и Вучићевића како би ова двојица успоставили „правитељство", али, нажалост, такође свјестан и чињенице да он њихов долазак неће дочекати, Петар Цетињски пише свој тестамент. У том тестаменту, он поручује Црногорцима како је и задњу пару потрошио на успостављање Кулука, говорећи: „како и нијесам никуђ ни динара, до што сам на кулук земаљскиј похарчио, *докле īа оӣеӣа силни а безумни љуђи не развērоше* (истакао – М. С.) (...) Пак сам ја за те новце нашему Цару и Покровитељу писао, да учини он (...) какву хоће наредбу и одговорио ми је да хоће својега официјала овамо послати, који ће (...) харачити на суд кои ће он поставити у нашу земљу, и моја је највећа рана на сердцу, коју ћу у гроб понијети, што ја то још не дочеках за живота свога".[90]

Због тога, он последњи пут моли Црногорце да се умире, пишући: „другу вас молбу молим и страшијем и свемогућијем Богом заклињам, да на моје мертве перси вјеру задате и утвердите порза нашу земљу и Јепархију, проза све нахије, села и племена да нико никога низашто не тиче барем до Ђурђевадне, а до тадер надам се у

87 *Ibid.,* 177.

88 *Ibid.*

89 *Ibid.*, 183.

90 Б. Павићевић, Р. Распоповић, *Црноīорски законици,* 89–91.

Господа и Спаса нашега да ће вам начин живљења бити занаго учињен и суд у сву земљу Царскиј постављен, које сам ја у нашега ваздашњега Покровитеља и обранитеља Цара Русинскога испросио и исплакао".[91] Истим овим тестаментом, он за свог наследника назначује Рада Томова Петровића, познатијег по његовом каснијем, владичанском, имену – Петар II Петровић Његош.

5. ЗАКЉУЧАК

На основу изложеног, јасно је да Петар I Петровић није успио да успостави трајан и дјелотворан апарат физичке принуде и да преко њега оствари правни поредак на територији Црне Горе и Брда. Најбољи докази томе јесу његова лична свједочанства, почевши од његових посланица и писама па до самог његовог тестамента, у којем признаје да му је највећа рана на срцу, коју ће у гроб понијети, то што није дочекао да види обнову Кулука којега су „силни а безумни" разрушили.

Нису много мање убједљиве ни његове бројне посланице. Ове посланице, које се крећу „између молитве и клетве" (од којих ни једно ни друго није правно средство) доказ су недостатка правног поретка у Црногораца и владичине немогућности да се са њиховом самовољом (правним средствима) избори.

Упркос томе што је непосредно после 1803. писао како су подигнута „вјешала", извршаване смртне казне и људи слани у затвор, као и бројним пропратним пресудама које потврђују ова свједочанства, осамнаест година касније, 1821. године, ми се сусрећемо са владичинима свједочењима да „овако судим, јер тамнице немамо",[92] и да „кромје пера и језика силе никакве" нема.[93] Он пише Брђанима: „да слушате моје науке и заклетве, оли да не слушате, ја вас силом на послушаније нагнати не могу".[94]

Јасно је да се између 1803. и 1820-их година нешто догодило. Владика Петар није био више у стању, као некада, „силом на послушаније нагонити". А управо је „силом на послушаније нагонити", тј. принудити, оно што правни поредак чини правним. Како каже Келзен – „право не може да постоји без моћи".[95] А моћ, па самим тим и

91 *Ibid.*

92 П. I Петровић Његош, 108.

93 Ђ. Пајовић, *Црна Гора у доба*, 66.

94 П. I Петровић Његош, 116.

95 Ханс Келзен, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007, 43.

(правну) власт, Петар I није имао; године 1827. он пише Хусеин-аги како „ја немам војске да (...) силом ћерам и да (...) уфатим".[96]

Дакле, јасно да се једном активан поредак, протоком времена, а прије свега обуставом руске помоћи, нарушио и угасио. Једино овакво тумачење је у складу са историјском збиљом и правном теоријом која као неизоставан елемент сваког правног поретка предвиђа његову *принудност и спроводивост.* Право које се не примјењује, мртво је слово на папиру и не може се назвати правом. Норме које нису принудне, не могу се назвати правним нормама и на основу њих се не гради правни, већ не-правни, евентуално морални, поредак.

Поред тога, апологете тезе да је Петар I успоставио државно-правни поредак, упркос томе што своје тезе заснивају на, како то каже Чизмовић, „свега десетак исправа",[97] често и тих десетак исправа сасвим произвољно тумаче. На примјер, горецитирану владичину посланицу, ону којом изражава незадовољство због тога што је одређено братство разјурило њега и његове момке „које он држи да чини измет", Павићевић и Пајовић тумаче управо супротно од онога што она заправо представља. Изостављајући контекст – они се усредсређују на чињеницу да владика држи момке „да чине измет", тај дио једино и цитирају, изостављајући притом чињеницу да је те момке, тај наводни успјешни апарат физичке принуде, разјурило свега *једно* братство. Тако, умјесто убједљивог доказа *немогућности принуде* – они добијају доказ о постојању органа принуде и правног поретка.[98]

Исто то чине Стојановић и Шуковић, који, цитирајући бројна писма, међу којима и оно грофу Гаљицину и разне посланице у којима се владика жали што Црногорци и Брђани разрушише поредак, њих, умјесто да читају као доказ непостојања правног поретка у Црној Гори, читају искључиво као доказ његовог *постојања*.[99]

То да је *поредак неко вријеме и на неки начин* функционисао и самим тим постојао, не може се спорити али се мора нагласити да тај поредак није постојао *трајно и коначно.* Примјена коју је поредак непосредно после 1803. године остварио, већ је 1808. године ослабила до те мјере да више није била у стању да успостави и спроведе опште норме, о чему свједоче и сами црногорски главари у свом писму

96 П. I Петровић Његош, 433–434.

97 М. Чизмовић „Пресјек гледања о примјени Законика Петра I", Мијат Шуковић (ур.), *Двјеста година Законика обичеї црноїорскої и брдскої: радови са научноī скуӣа, Подīорица, 30. окӣобар 1998*, ЦАНУ, Подгорица 2000, 140.

98 Б. Павићевић, *Сӣварање црноīорске државе,* 125, фн 39; Ђ. Пајовић, 57.

99 M. Šuković, *Istorija zakonodavstva*, 76–77.

француским властима. После тога, пак, услијед изостанка руске помоћи и неповољних политичких и материјалних ситуација, „самовољство" у Црној Гори постаје све јаче, а правни поредак све слабији, не би ли на крају сасвим и нестао. У том смислу, овај поредак дијели судбину племенитих покушаја владике Данила и владике Василија да изграде поредак – њихове снове о успостављању поретка такође су урушили неповољна међународна ситуација и(ли) недостатак разумјевања домаћих главара.

Када се, пак, горенаведени теоретичари ухвате у коштац са чињеницом да поредак за вријеме Петра I, по правилу није био ни принудан ни дјелотворан, спас за њихову тезу да је за вријеме Петра I ипак настао правни поредак (и црногорска држава) налазе у комотном тумачењу самога појма државе и правног поретка. Тако Петар Стојановић пише да: „виђени кроз Петров законик, црногорска држава и право, у Петрово доба, су у процесу настајања. Слабост, недограђеност и недовољна ефикасност државних органа имају за последицу стварање „слабог" права односно *права које има изгледе препоруке* јер иза њега не стоји, чврсто организовани и ефикасни, орган принуде. *То опет, прописима Петровог законика, не одузма карактер права* (истакао – М. С.)".[100]

П. Стојановић, не би ли дошао до оваквог закључка, себи допушта бројне луксузе за које у правној теорији нема мјеста. У првом реду, на чисто логичном плану – тврдећи да су држава и право *у стању настајања* – он нехотимице признаје да они, у крајњој линији, нису настали и да не постоје. У другом, битнијем, реду, он покушава да протури „слабо право" односно „право које има изглед препоруке" као неку посебну врсту права, док заправо то „слабо право" није ништа друго до – „неправо", морална норма у смислу у којем ју је дефинисао још Остин, а који препознају и каснији теоретичари, нпр. Келзен, који је писао како: „суштина правног прописа у односу на правне субјекте састоји се у томе што их он *обавезује*".[101] Дакле, право по дефиницији не постоји на нивоу препоруке, његова суштина и разлика у односу на друге врсте норми, укључујући и моралне (препоруке), јесте у томе што право *обавезује* и што *важи мимо наше воље.* Управо с обзиром на ту особину Кант категорише право као *хетерономну* технику нормирања, која нас обавезује независно од наше воље и која стоји насупрот *аутономном* нормирању које карактерише наша слобода да одредимо да ли нас нека норма обавезује или не.[102]

100 П. Стојановић „Практична вриједност Законика", 98.

101 Ханс Келзен, *Главни проблеми теорије државног права,* ЦИД / ЈП Службени лист, Подгорица 2001, 261.

102 J. Guć, 17–40.

Ипак, неки поборници тезе да је Петар I засновао државно-правни поредак, на примјер Мијат Шуковић, иду корак даље. Признајући све недаће са којима је Петар I био суочен, он закључује да:

> „Укупност свега тога, спречавало је и за дуже или краће вријеме онемогућавало рад Правитељства и суда и да централни органи континуирано предузимају мјере да се остварају одређења у Законику".[103] „За вријеме Петра I нијесу успјешно вршене *све* државне функције, (...) у том времену није било административног апарата и затвора као средства принуде", али ипак, како каже Шуковић: „Ништа од тога, појединачно ни скупа, (...) не може порећи да је тада створена нововјековна црногорска држава. Не може порећи зато што је у Црној Гори од 1803. постојало све, *баш све* (истакао – М. С.) што најауторитативнији научници о држави – Хегел, Келзен, Слободан Јовановић, Олег Мандић, Норберто Бобио и други (...) утврђују да је (...) потребно и довољно да постоји једна држава".[104]

А то све, „баш све", за шта Шуковић тврди да је потребно да би постојала једна држава и што је тада наводно постојало у Црној Гори јесу: територија, становништво и *(суверена) власт*.[105] Ипак, иако је Црна Гора тад уистину била насељена област – тешко је тврдјети како је над том територијом од стране било кога вршена „суверена власт". Дјелимично свјестан тога, Шуковић пише:

> „Иако и послије 1803. године постоји племенски социјални начин живота у Црној Гори, у њој послије те године *доминирају* успостављена структура јавне власти и поредак успостављен од ње. (...) По оном што доминира, а не по оном што постоји а не доминира, свуд али увјек, идентификује се и одређује политички облик организовања једног друштва. (...) Једно је успјешност вршења функција државе, а сасвим је друго да ли је држава створена, да ли постоји. (...) континуирано извршавање *свих* функција државе није услов њеног постојања. (...) постојање или непостојање затвора као средства физичке принуде, није неизоставан услов постојања државе".[106]

Не би ли овај закључак образложио, Шуковић се позива на писања Слободана Јовановића како принуда *није циљ* правног поретка већ његово *средство*: „Као највиши израз правне моћи државе *не* треба узети употребу принудних средстава, него (...) прописивање правног поретка, пошто би без поретка и државна принуда изгледала просто насиље (...) што се тиче остваривања правног поретка

---

103 M. Šuković, *Istorija zakonodavstva,* 85.

104 Мијат Шуковић, *Студије и есеји*, 25–26.

105 *Ibid.*

106 *Ibid.,* 26.

принудним средствима, то је само материјална последица државног права заповиједања; *то не чини суштину*".[107]

Ипак, Шуковић сасвим погрешно схвата смисао изреченог – јер у цитираним редовима Јовановић говори о *оправдању* државе и правног поретка – а не о *предусловима* њиховог постојања. Да право није само себи сврха и да не представља голу силу је разумљиво, али ипак треба бити свјестан да право ван и без силе не може постојати, будући да је она предуслов сваком правном нормирању. То, између осталог, признаје и сам Слободан Јовановић, пишући: „Да у држави мора постојати још и извесна власт, претпостављено је већ у појму државе, пошто се *држава разликује од друштва тиме што се у њој вршење општих правила може по потреби и изнудити* (истакао – М. С.). (...) У противном случају не би постојало никакво државно стање, већ једно стање анархије, у коме би појединци противстављали један другоме своју личну снагу, умјесто да сви буду потчињени једној истој друштвеној снази."[108] На основу до сада изложеног, јасно је да стање у Црној Гори било много ближе анархичном неголи државном.

Уосталом, непотребно је доказивати да правни поредак не мора *увијек* да се користи силом, и да не морају *све* његове норме *увјек* бити спроводиве на појединачном нивоу, али на општем нивоу, правни поредак, баш зато што је правни, остаје *увијек* (или доминантно, како каже Шуковић) спроводив и принудан. То, између осталог, изричито кажу и још двојица од „најауторитативнијих" правних научника на које се Шуковић позива, Ханс Келзен и Норберто Бобио. Други од ове двојице, Норберто Бобио, у вези са нормама које нису санкционисане силом пише: „појединачне норме, да би биле сматране правним, не треба да испуњавају други увјет осим да припадају систему (који је принудан, додао – М. С.)".[109] А Келзен, у вези са „неспроводивим нормама" пише: „То што важење једног поретка зависи од његове спроводивости не значи да, као што је већ речено, свака норма појединачно мора бити спроводива. Појединачна норма остаје важећа докле год је дио важећег поретка",[110] док: „Важење једног правног поретка зависи од његове саобразности стварности, тј. од његове спроводивости."[111]

107 *Ibid.*

108 Слободан Јовановић, *Држава, књига 1,* Просвета, Београд 2005, 31.

109 Norberto Bobbio, 337.

110 Hans Kelsen, *The General Theory of State and Law,* Transaction Publishers, News Brunswick – London 2006, 122.

111 *Ibid,* 120.

Тако да чињеница да нису *све* норме спровођене за вријеме владиковања Петра I заиста не значи да правни поредак сам по себи није постојао, уколико се докаже да је *поредак, у цјелости, по правилу био спроводив односно принудан*. Ипак, проблем лежи управо у томе што је тако нешто немогуће доказати! И заиста, на основу свега изложеног, јасно је да се теза о начелној принудност и постојаност било каквог правног поретка за вријеме Петра I не може одржати. Једноставно, сам владика Петар је признао у више наврата да у њега нема силе, да су Кулук „силни а безумни" разрушили, да не може ништа осим да моли и куне Црногорце и Брђане. Чак и Његош, његов насљедник, по заузимању владичанског трона пише како „трошка не имам да установим такво правитељство које би народ довело до послушанија".[112] Сагласан у овом виђењу је и Вук Караџић, који је непосредно по смрти Петра Цетињског посјетио Црну Гору и забиљежио да: „У Црној Гори има трагова свијех облика управе, па и опет је ово у Европи можда једино друштво људи које нема никаква правитељства у правом смислу те ријечи. (...) у Црној Гори нема никакве власти, која би заштићавала од насиља и неправди, то је сваки остављен самом себи."[113]

Остаје, дакле, питање: у чему се, у друштву без правитељства, гдје је „сваки остављен самом себи", тачно огледа „доминација" државног елемента у односу на племенски, кад се већ не огледа у постојаним институцијама, постојању апарата и монопола физичке принуде – речју, ни у чему ономе што државу заправо чини државом? Неће бити да се за настанак црногорске државе, како то тврди Шуковић, „тражи више него за државу уопште".[114] Прије ће бити да се од стране њега и његових истомишљеника упорно покушава добити држава за мање. Један у низу таквих истомишљеника, напосљетку и открива почетну мотивацију апологета тезе о настанку правног поретка за вријеме Петра Цетињског, признаући да „порицати примјену Законика, значи порицати црногорску државу".[115] Ми бисмо могли одговорити да претјерана жеља да се афирмише црногорска држава, значи порицати правну науку.

112 Петар II Петровић Његош, *Изабрана писма*, Просвета, Београд 1982, 22.

113 Вук Караџић, Црна Гора и Црногорци, Издавачко предузеће Нолит, Београд 1972. *https://www.rastko.rs/knjizevnost/vuk/vkaradzic-crnagora.html*, приступљено 31.01.2020.

114 М. Шуковић, *Студије и есеји*, 27.

115 Владимир Јовићевић, „Примјена законика обшчег Црногорског и Брдског", Мијат Шуковић (ур.), *Двјеста година Законика обшчег црногорског и брдског: радови са научног скупа, Подгорица, 30. октобар 1998*, ЦАНУ, Подгорица 2000, 148.

Оно што је овим ауторима промакло јесте могућност да примјете танану разлику између правног и моралног поретка, односно власти и ауторитета, принуде и препоруке – ону разлику коју је Наполеонов генерал Мамон добро уочио приликом сусрета са владиком Петром I 1807. године, када је записао да је „његов позитивни и законски ауторитет мало значио у његовој земљи, али је његов утјецај био огроман".[116] И управо у овом запажању Мамона лежи готово сва истина о правном поретку владике Петра – поретку који није успио да се трајно уздигне са терена *добровољности* на терен *принудности*. Такви успјеси, бивали су, увјек, само привремени. Сталне и постојане власти, за вријеме владиковања Петра I, није било. Тако да право о којем говори П. Стојановић а које „има изглед препоруке" није заправо право већ морал, молба, или, једноставно, како и он сам каже – препорука.

Најбољи доказ да држава и правни поредак нису постојали за вријеме Петра I јесте чињеница да су они успостављени за вријеме његовог насљедника, Петра II Петровића Његоша. Он је, после дуго очекиваног доласка „руских официјала" крајем 1831. године, основао прве трајне органе власти – Сенат и Гвардију. Том је приликом записао: „Црногорци се находе у согласију међу собом исти како су били овога прошлога времена од како је блаженопочившега митрополита завјешчаније проглашено, *сада је сувише стављено управленије народње* (истакао – М. С.), које управљеније состовља 180 људих, из којијеј су 16 совјетници (*senatori*), а 164 исполнитељи (*polizia)*, која слуша народ добро".[117]

Дакле, јасно је да је „сувише" морално-обичајног нормативног поретка *надограђен* правни. Да је Петар Цетињски Његошу оставио у насљедство државно-правни поредак, нити би Његош одмах по преузимању престола писао како у Црној Гори „правитељства нема", нити би он, по доласку руске помоћи, „*сувише согласја*" управљеније постављао. Ствари су заправо текле баш онако како је Петар I предсказао у свом тестаменту – Црногорци су по његовој смрти дали заклетву да ће се држати у миру све док не дођу „руски официјали који ће суд Царскиј поставит". Ову су заклетву морали дати, јер другог начина да се успостави мир и поредак у Црној Гори није било. Кад су руски официјали најзад стигли, постављени су суд и правитељство који су временом пали под потпуну власт Петра II Његоша, који је успио да, уз помоћ органа принуде, трајно заведе правни поредак у Црној Гори, који би могао да важи и мимо добре воље црно-

116 Maršal Mamont, *Memoari,* Logos, Split 1984, 69.

117 П. II Петровић Његош, 30–32.

горско-брдских главаа. О томе он поносно свједочи пишући: „прије него сам ступио на дужност владара и владике Црногорског, Црна Гора је пружала жалостан призор међусобне и свакојаке друге неслоге; јачи је пљачкао слабијег, племе се с племеном тукло, спокојства није било, нити га је постојало, тријумфовало је право силе. Ја сам то дивљаштво уништио, завео сам мир и тишину, свакоме обезбједио живот и имање... Приликом такве промјене управе и владе у једном народу који није навикао на ред било је немогуће проћи без казне, а они који су умакли предали су се Турцима а Аустрији."[118]

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

Valtazar Bogišić, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji,* UNIREKS, Beograd – Podgorica 1999.

Maršal Mamont, *Memoari,* Logos, Split 1984.

Вук Караџић, *Црна Гора и Црногорци*, Издавачко предузеће Нолит, Београд 1972. *https://www.rastko.rs/knjizevnost/vuk/vkaradzic-crnagora.html,* приступљено 31.01.2020.

Бранко Павићевић, Радослав Распоповић, *Црногорски законици 1796–1916, том I*, Историјски институт Републике Црне Горе, Подгорица 1998.

Петар I Петровић Његош, *Између молитве и клетве: сабрана дјела* (пр. Весна Тодоровић и Никола Маројевић), Светигора, Цетиње 2015.

Петар II Петровић Његош, *Изабрана писма*, Просвета, Београд 1982.

ЛИТЕРАТУРА:

Živko Andrijašević, *Dinastija Petrović-Njegoš*, Narodna knjiga / Miba Books, Podgorica – Beograd 2016.

James Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

Norberto Bobbio, *Pravo i sila,* Radomir Lukić (ur.), Zbornik za teoriju prava sv. III, SANU, Beograd 1987, 329–340.

Valtazar Bogišić, *Metod i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori,* UNIREKS, Beograd – Podgorica 1999.

Јован Бојовић, „Законодавство и органи централне власти у Црној Гори у вријеме митрополита Петра I Петровића (1784–1830)", *Историјски записи XXXV(LV),* Историјски институт, Подгорица 1982, 5–120.

118 Милисав Чизмовић, „Пресјек гледања о примјени Законика Петра 1", Мијат Шуковић (ур.), *Двјеста година Законика општег црногорског и брдског: радови са научног скупа, Подгорица, 30. октобар 1998*, ЦАНУ, Подгорица 2000, 138.

Младен Вукчевић, *Судска власт у нововјековној држави Црној Гори до 1914. године*, САРС, Подгорица 2006.

Max Weber, *Politics as a Vocation,* Oxford University Press, New York 1946.

Josip Guć, „Moralitet i legalitet u Kantovoj etici", *Theoria Vl. 63/2*, 2020, 17–40.

Јагош Јовановић, *Стварање црногорске државе и развој црногорске националности: историја Црне Горе од почетка VIII вијека до 1918. Године,* Обод, Цетиње 1947.

Слободан Јовановић, *Држава, књига I,* Просвета, Београд 2005.

Владимир Јовићевић, „Примјена законика обшчег Црногорског и Брдског", Мијат Шуковић (ур.), *Двјеста година Законика обшчег црногорског и брдског: радови са научног скупа, Подгорица, 30. октобар 1998*, ЦАНУ, Подгорица 2000, 143–160.

Hans Kelsen, *„On the Basic Norm" California Law Review* vol. 47, 1/1959, 107–110.

Ханс Келзен, *Главни проблеми теорије државног права,* ЦИД / ЈП Службени лист, Подгорица 2001.

Hans Kelsen, *The General Theory of State and Law,* Transaction Publishers, News Brunswick – London 2006.

Ханс Келзен, *Чиста теорија права,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2007.

Бранко Павићевић, *Стварање црногорске државе,* Рад, Београд 1955.

Бранко Павићевић, „Припреме за долазак Вукотића и Вучићевића у Црну Гору 1831. године*", Историјски Записи* IV/1968, 529–557.

Бранко Павићевић, *Први орган централне власти у Црној Гори,* Историјски Записи XXIII 1970, 5–11.

Бранко Павићевић, *Петар I Петровић Његош*, Пергамена, Подгорица 1997.

Ђоко Пајовић, *Црна Гора у доба Петра I и Петра II,* Народна Књига, Београд 1987.

Радмила Петровић, *Законик Петра I Владике Црногорског: историско-правна расправа*, Цетиње 1929.

Joseph Raz, *The Concept of Legal Systems*, Clarendon Press, Oxford 1980.

Павле Ровински, *Ровински о Његошу,* Обод, Цетиње 1967.

Глигор Станојевић, *Шћепан Мали*, Научно дело / Издавачка установа САН, Београд 1957.

Глигор Станојевић, Милош Васић, *Историја Црне Горе. Књ. 3, Од почетака XVI до краја XVIII вијека. Т. 1*, Редакција за историју Црне Горе, Титоград 1975.

Петар Стојановић, „Практична вриједност Законика владике Петра I и Даниловог Законика", Душан Мартиновић (ур.), *Законик общи црногорски и брдски – Законикь Даньйла Првогь (са историјско-правном студијом др Петра Ђ. Стојановића*), Централна народна библиотека СР Црне Горе „Ђурђе Црнојевић", Цетиње 1982.

Петар Стојановић, *Настајање савременог права у Црној Гори (1850–1900), ЦАНУ,* Подгорица 1991.

Лазар Томановић, *Петар II Петровић Његош као владалац,* Талија, Ниш 2020.

Gvido Faso, *Istorija filozofije prava*, CID, Podgorica 2007.

Милисав Чизмовић, *„Пресјек гледања о примјени Законика Петра I"*, Мијат Шуковић (ур.), *Двјеста година Законика обшчег црногорског и брдског: радови са научног скупа, Подгорица, 30. октобар 1998*, ЦАНУ, Подгорица 2000, 131–141.

Мијат Шуковић, *Студије и есеји из историје Црне Горе,* Правни факултет, Подгорица 2003.

Mijat Šuković, *Istorija zakonodavstva Crne Gore 1796–1916,* CID / Pobjeda, Podgorica 2006.

Matija STOJANOVIĆ*

ON THE LEGAL ORDER OF PETAR I PETROVIĆ NJEGOŠ

Summary

A lot has been written about the legal order of Petar I Petrović Njegoš; this question has puzzled legal historians and theoreticians ever since the 19th century, the main question being, whether such an order ever came to be. The problem is not whether any legal norms at the time had been proclaimed, but rather whether these norms, once they were proclaimed, had ever been systematically implemented in a manner that would enable us to state that they formed a legal order. Therefore, this question includes two components – one regarding historical evidence, the other regarding the way this evidence can be valued within legal theory. This work will provide a critical examination of the historical timeline concerning this problem, and the way it has been treated in literature so far – providing the reader with an original interpretation of both.

Keywords: *Legal order. – Petar I Petrović Njegoš. – Montenegro. – The Kuluk. – The General Code of Montenegro and the Highlands.*

Рад приспео / Paper received: 30.10.2020.

Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 20.12.2020.

* Master's student at University of Belgrade Faculty of Law, mato.sto1@gmail.com

UDC 343.211.3-055.2(44)"18"

CERIF: S130, S149, H240, H300

DOI: 10.51204/HLH_20204A

Милица МАРИНКОВИЋ, мастер*

ПОЛОЖАЈ ЖЕНЕ У ФРАНЦУСКОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ ОД 1810. ГОДИНЕ

Аутор у раду анализира правни положај жене у Кривичном законику од 1810. године (Code pénal de 1810). Иако су за утврђивање правног положаја жене у француском праву XIX века кључне одредбе Грађанског законика од 1804. године, не могу се занемарити ни решења која даје кривично право.

Анализом правних извора, али и литературе, што оновремене, што савремене, аутор даје преглед правног положаја жене као жртве, кривца и саучесника у француском Кривичном законику од 1810. године. Овај Законик писан је у изразито патријархалном тону, што се манифестује бројним законским одредбама које данас делују застарело и изузетно неправедно. Ипак, Кривични законик од 1810. године имао је велики одјек у правним системима Европе деветнаестог века, што говори о томе да је одговарао духу времена.

Кључне речи: *Абортус. – Силовање. – Сукцесивна бигамија. – Прељуба. – Супружничко убиство.*

1. УВОД

Кривични законик од 1810. године дошао је као плод синтезе више фактора. С једне стране, ту је било революционарно француско право оличено у Декларацији права човека и грађанина и првом Кривичном законику од 1791. године. С друге стране, ту су биле

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу mmarinkovic@jura.kg.ac.rs

Рад је био прихваћен за конференцију Iustoria 2020, али је ауторка била спречена да излаже.

реакционарне тежње Наполеона Бонапарте као и практично искуство примене Кривичног законика од 1791. године током Револуције, које је показало његову немоћ и некритичку заслепљеност његових писаца просветитељским идејама.

Реакционарни Наполеонов утицај нарочито је видљив у одредбама које се тичу жена у овом Кривичном законику. Без обзира на то да ли су у конкретном случају жене биле жртве, кривци или саучесници, уочљива је тежња да се ставе у подређен положај. У време када је писан овај Законик, религијске норме о положају жене почеле су да уступају место световним. Ипак, и те световне норме биле су засноване на „научним" доказима[1] да је женска природа другачија од мушке, што је законодавцима од 1810. године пружило оправдање да заобиђу прогресивне идеје Револуције и старе патријархалне ставове о женама одену у ново законско рухо.

С друге стране, жене су у току самог суђења неретко биле у повлашћеном положају у односу на мушкарце. Жене су у то време сматране ирационалним и импулсивним бићима, па је због Кривичног законика од 1810. године, који је први пут омогућавао прилагођавање казне самом кривичном делу и учиниоцу, „нежна жена, проклета својим нагонима, често неспособна да се понаша рационално" могла имати користи од упадљивог маскулинитета израженог кроз овај Законик, нарочито ако би целокупна порота била сачињена од мушкараца.[2]

2. ЖЕНЕ И КРИВИЧНА ДЕЛА

2.1. Сукцесивна бигамија жене

По питању забране симултане бигамије француско право се није разликовало од других европских правних система. Кривични законик од 1810. године је строго забрањивао да неко ко је „већ везан брачним везама" закључи други брак пре него што се први оконча[3] и овакву

1 James M. Donovan, „Adultery and the Decline of the Sexual Double Standard in Marseille 1825–84", *French History*, vol. 29, 4/2015, 530.

2 Robert Allen, James Steven Bryant, „La justice pénale et les femmes, 1792–1811", *Annales historiques de la Révolution française*, no. 350, 2007, 93.

3 Брак се, по члану 227. Грађанског законика, могао окончати смрћу једног од супружника, законито проглашеним разводом, као и коначном осудом једног од супружника на казну која је за собом повлачила грађанску смрт. *Code civil des français*: éd. originale et seule officielle Paris 1804, (у даљем тексту: Code civil), чл. 227.

бигамију кажњавао је принудним радом.[4] С обзиром на то да Законик ову одредбу није везивао ни за један пол, важила је и за мушкарце и за жене. Међутим, једнакост полова није постојала по питању сукцесивне бигамије. Иако питање бигамије спада првенствено у материју грађанског права, законодавац се њиме позабавио и у Кривичном законику. Наиме, чланом 194. била је предвиђена новчана казна од 60 до 300 франака за матичара који би венчао жену „која је била већ венчана" у складу са чл. 228. Грађанског законика од 1804. године.[5] Сам Кривични законик није даље разрађивао овај члан нити давао даља објашњења, али када се погледа поменути члан Грађанског законика јасно се види на шта је законодавац Кривичног законика мислио. Наиме, чланом 228. Грађанског законика женама је било забрањено да ступају у нови брак пре него што истекне шест месеци од окончања претходног брака.[6] Слична забрана за мушкарце није постојала.

Француски деветнаестовековни кривичар Жозеф-Андре Рогрон (*Joseph-André Rogron*) порекло овог одложног рока за закључење следећег брака за жене објашњавао је жељом законодавца да се „избегне забуна страна".[7] По Ж. М. Боалуу (*Jacques Marie Boileux*), то је заправо значило да је законодавац, вођен патријархалним резоном, желео да „онемогући жену да у породицу унесе децу која су новом мужу странци"[8] – другим речима, да је спречи да децу зачету у претходном браку, а рођену у новом, представи као децу новог мужа.

Код кривичног дела сукцесивне бигамије интересантно је што Кривични законик, као што је приметио Ж. А. Рогрон, прописује кривичну санкцију за кршење прописа Грађанског законика.[9] Иако је склапање оваквог брака за жену било кажњиво, он не би, тврдио је Рогрон, био раскидан. Да Закоником од 1810. године није прописана казна за нарушавање прописа о забрани закључења новог брака жене пре истека рока од шест месеци, онда, према Рогрону, за кршење забране из члана 228. Грађанског законика „једино би ништавост могла бити санкција ове забране".[10] Ипак, Боалу је имао друга-

4 *Code pénal de l'empire français*. Edition conforme à celle de l'imprimerie impériale, Paris 1810, (у даљем тексту: Code pénal de 1810) чл. 340.

5 Code pénal de 1810, чл. 194.

6 Code civil, чл. 228.

7 Joseph-André Rogron, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples,* Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles 1834, 62

8 Jacques Marie Boileux, *Commentaire sur le Code civil, contenant l'explication de chaque article séparément,* cinquième édition, tome premier, Libraire de la Cour de cassation, Paris 1842, 184

9 J.-A. Rogron, 62.

10 J.-A. Rogron, 62.

чије мишљење. Наиме, Кривични законик је предвиђао казну само за матичара који би закључио овакав брак, а не и за саму жену, због чега је Боалу тврдио да је за саму жену казна морала бити апсолутна ништавост другог брака закљученог мање од шест месеци након окончања претходног.[11] Ово мишљење се чини оправданијим због тога што је поткрепљено ставовима већег броја теоретичара, али и пресудом Касационог суда.[12]

2.2. Абортус

Инкриминисање абортуса је у француском кривичном праву имало вишевековну традицију. Под утицајем Римокатоличке цркве и хришћанског погледа на моменат настанка живота, абортус је у „Старом режиму" (*Ancien régime*) био сматран тешким кривичним делом, па је повлачио смртну казну.[13] Током Револуције казна за абортус је ублажена. Уместо дотадашње смртне казне, Кривични законик од 1791. године предвидео је за абортус двадесетогодишњи принудни рад.[14] Из законске формулације могло се закључити да самоизазвани абортус није био кажњив, пошто се кажњавао „свако ко (...) изазове абортус трудне жене", али не и сама трудна жена ако побаци.[15]

Како је већ тада примећено, „оваква некажњивост жена се брзо показала шокантном", па је Кривични законик од 1810. године у листу потенцијалних учинилаца код абортуса укључио и саму трудницу која самоиндукује абортус.[16] Насилни прекид трудноће био

11 J. M. Boileux, 184.

12 J. M. Boileux, 184, *Cass. 29 oct. 1811.*

13 Allane Madanamoothoo, „Termination of Pregnancy Under French Law: From Criminalization to a Right in Accordance with International Developments on Women's Rights", *Medicine and Law*, vol. 30, 4/2011, 536.

14 Loi. Code Pénal. Donnée à Paris le 6 octobre 1791, Paris 1790. (у даљем тексту: Code pénal de 1791), Deuxieme partie, Titre II, Première section, art. XVII.

15 Code pénal de 1791, Deuxieme partie, Titre II, Première section, art. XVII, A. Madanamoothoo, 536. Такође, „у правом духу Револуције", Законик од 1791. године није при формулисању овог кривичног дела правио разлику између абортуса законитог детета и ванбрачног детета. Karen E. Huber, „Punishing Abortion: Duty, Morality and Practicality in Early 20th Century France", *The American Journal of Economics and Sociology*, vol. 76, 1/2017, 98.

16 A. Madanamoothoo, 536 Због формулације члана 317. постоји схватање да је Законик од 1810. године представљао „преокрет од абортуса као злочина против мужевљевог ауторитета и против Бога и морала ка акту противном интересима друштва и државе". K. E. Huber, 98. Логика иза ове одредбе била је та да „ако жени није било лако да прибави средства за абортус, страх од излагања сопственог живота употреби њој непознатих медикамената често би је навели да одложи овај злочин, а кајање би је могло зауставити". *Code pénal*, édition

је регулисан обимним чланом 317. Кривичног законика: „Свако ко, храном, напицима, лековима, насиљем, или на било који други начин, изазове абортус трудне жене, било да се она са тиме сагласила или не,[17] казниће се робијом", гласио је први став овог члана.[18] Законодавац се код регулисања овог кривичног дела определио за такав начин регулисања где ће се поједине радње навести само *exempli causae* како би се, у пракси, оставила могућност суду да под абортус подведе и све друге радње.

Законик није правио разлику у томе да ли је абортус извршен после зачећа до ког је дошло након силовања или не, да ли је фетус способан за живот или не, да ли ће дете бити здраво или не. У свим наведеним случајевима абортус је био кажњив.[19]

За покушај абортуса жена није одговарала, већ само трећа лица која су јој при извршењу дела помагала, што су у пракси пре свега били лекари.[20] Овакву ситуацију чувени француски кривичар Ж. М. Легравран (*Jean-Marie Legraverend*) називао је „апсурдном".[21] Као што је приметио Ж. А. Рогрон, разлог за овакву некажњивост биле су „потешкоће у утврђивању намере за извршење кривичног дела када непостојање резултата сведочи о немоћи употребљених средстава".[22] Другим речима, није било лако утврдити женину намеру да самоиндукује абортус уколико у томе не би успела, с обзиром на то да је одабрала неефикасна средства за извршење тог кривичног дела. Проблематична редакција члана 317. који је регулисао ову ситуацију

conforme à l'édition originale du Bulletin des lois, précedé de l'éxposé des motifs par les orateurs du Conseil d'Etat sur chacune des lois qui composent ce Code, avec une table alphabetique de matières, Imprimerie de A. Beltin, Paris 1812, 93. (даље у тексту: *Code pénal*, édition conforme).

17 Постојало је схватање да је извршење абортуса без дозволе саме жене било теже кривично дело од извршења са жениним пристанком, јер се у случају да пристанак постоји крше „природни и људски закони у односу на дете", док се у случају да пристанак не постоји ови закони крше и у односу на дете и у односу на мајку. Étude de législation pénale comparéé, Auguste Durand, Paris 1852, 346.

18 У самом члану 317. није био предвиђен минимум и максимум казне робије, па се она могла одмерити између општег законског минимума и максимума за ову казну, што је било пет и десет година. Code pénal de 1810, чл. 21, 317.

19 Angus McLaren, „Abortion in France: Women and the Regulation of Family Size 1800–1914", *French Historical Studies*, vol. 10, 3/1978, 481.

20 Ова одредба била је логична пошто се сматрало да су здравствени радници заправо „више криви од саме жене, када вештину коју треба да користе да сачувају живот, користе да га униште". *Code pénal*, édition conforme, 93.

21 Jean Servais Guillaume Nypels, *Annotations sur la Théorie du Code pénal de Ad. Chaveau et F. Hélie,* L. E. Bosch et fils, Utrecht 1846, 342.

22 „difficulté de constanter légalement l'intention d'un crime, lorsque la nullité des résultats vient attester l'impuissance des moyens employés" J.-A. Rogron, 6.

била је предмет расправа пред Касационим судом, а и правна наука је ово решење Законика жестоко оспоравала.[23]

Иако то Законик није предвидео, у пракси се догађало да се за абортус кривично не гони у случају када је прекид трудноће био неопходан за спашавање живота саме труднице. Иако таква одредба експлицитно не постоји у Законику, оваква интерпретација „била је у контексту раног француског кривичног права" и извршење абортуса схватало се као нужна одбрана.[24]

За разлику од неких других законика, Кривични законик од 1810. није у оквиру кривичног дела абортуса садржавао претпоставку трудноће, па је за осуду за ово кривично дело био неопходан доказ трудноће, што је у својој пракси потврдио и Касациони суд 1859. године.[25]

У првим деценијама Кривичног законика од 1810. године абортус је био „крајње средство неудате мајке" у жељи да сачува своју част.[26] С друге стране, у другој половини XIX века пракса је показала да су абортусу „углавном прибегавале удате жене, видевши у њему нужно контрацептивно средство да ограниче број деце".[27] Имајући то у виду, француски социолог из XIX века Андре Теодор Брошар (*André Théodore Brochard*) изнео је следећи поглед на абортус: „Абортус, нажалост, није злочин, то је *друштвена пракса.* Ко није видео удате жене које се кају због трудноће, за њих нежељене, и горко се жале на њих? Кајање од абортуса дели само један корак, а тај корак често предузимају удате жене. Како да се на њих не угледају несрећне младе девојке које са једне стране виде срамоту, а са друге сигурност?"[28]

---

23 Joseph Champcommunal, „Étude critique de législation comparée sur la tentative", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vol. 24, 1895, 106.

24 Bartha Maria Knoppers, Isabel Brault, Elizabeth Sloss, „Abortion Law in Francophone Countries", *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 4/1990, 907.

25 Овакву праксу преузеле су и друге данас франкофоне земље, односно бивше француске колоније, попут Конга, Обале Слоноваче, Хаитија, Чада, Малија. В. M. Knoppers, I. Brault, E. Sloss, 900.

26 Поред абортуса, неудате жене су често прибегавале остављању „плодова завођења и разврата" у сиротиштима која су имала ротирајућа врата. Жена је могла оставити дете на једној страни врата, а затим их окренути и дете би било предато сиротишту. Овакво остављање било је потпуно анонимно. A. McLaren, 464.

27 Иако су за широку примену абортуса најчешће окривљаване саме жене, у великој мери су доктори и бабице били критиковани што су уопште представљали абортус као опцију за прекид нежељене трудноће, пошто се у пракси показало да се ова интервенција могла извршити „у прихватљивим маргинама ризика". A. McLaren, 464.

28 "Abortion, unfortunately, is not considered a crime, it is a *social practice*. Who has not seen married women regretting a pregnancy, for them undesired, and complaining

Током XIX века абортус је, нарочито у вишим класама, постао толико раширена пракса да су бабице и доктори, „*angel makers*" како их Ангус МекЛарен (*Angus McLaren*) назива, зарађивали више од абортуса него од порођаја. Пошто се радило о скупој интервенцији, за абортус су се углавном одлучивале жене из виших друштвених класа.[29] Главни разлог за широку примену абортуса био је, према мишљењу многих теоретичара, али и лекара, злогласни члан 340. Грађанског законика који је забрањивао истраживање ванбрачног очинства.[30] Лекар Адолф Дима (*Adolphe Dumas*) сматрао је да је „неопходно да се укине или члан 317. (о абортусу) или члан 340. (забрана утврђивања очинства)".[31] Његов колега Огист Курто (*Auguste Courtault*) био је става да „ако држава не може да примора мушкарца да издржава дете онда нема право ни да приморава жену да га носи".[32]

Иако је Кривични законик предвиђао строгу казну робије за ово кривично дело, у пракси нису изрицане високе казне због „сажаљивости пороте".[33] Осим тога, велики број абортуса је остајао некажњен зато што органи гоњења за њих никада нису сазнали.[34] Пошто је абортус, за разлику од чедоморства,[35] готово увек био повезан са саучесништвом трећих лица, деветнаестовековни инспектор министарства унутрашњих послова, Камил Гранije (*Camille Granier*), оценио је да је „први злочин урбани, а други рурални".[36]

---

of it? From the regret to the abortion is only a step, and this step is often taken by married women. How can it not be taken by unfortunate young girls who see on one side shame, on the other safety?" André Théodore Brochard, La verité sur les enfants trouvés (Paris, 1876), p. 102 нав. према: A. McLaren, 466.

29 *Ibid.,* 467.

30 *Ibid.,* 480.

31 *Ibid.,* 481.

32 „If the state could not force a man to support a child then it had no right to force the woman to bear it" *Ibid.,* 482.

33 A. Madanamoothoo, 536.

34 Chantal Horellou-Lafarge, „Une mutation dans les dispositifs de contrôle social: le cas de l'avortement", *Revue française de sociologie*, Vol. 23, 3/1982, 397.

35 У раду није обрађено кривично дело чедоморства стога што у Кривичном законику из 1810. године нису постојале никакве посебне одредбе које би ово кривично дело извршено од стране мајке третирале другачије него уколико би га извршила друга лица. Чедоморством се, иначе, сматрало убиство новорођенчета, и било је кажњиво смрћу. Code pénal de 1810, чл. 300, 302.

36 A. McLaren, 475. Абортус је у Француској остао забрањен све до 1975. године. Germain Sicard, „Doctrine pénale et débats parlementaires: la réformation du Code pénal en 1831–1832", *Revue d'histoire de Facultés de droit et de la science juridique*, no. 14, 1993, 161. Code pénal de 1810, чл. 336.

2.3. Прељуба

Кривични законик од 1810. године прељубу је познавао као кривично дело. Формулација овог кривичног дела један је од типичних примера изразито неравноправног правног положаја жене у односу на мушкарца. Кривично дело прељубе било је прописано члановима 336–339, од чега су прва три члана детаљно регулисала женину прељубу, док је мушкој прељуби био посвећен само члан 339.

Кривичну пријаву за женину прељубу према чл. 336. могао је поднети само њен муж.[37] Следећим чланом је прописано да ће жена прељубница бити кажњена затвором од три месеца до две године, с тим што ће „муж остати господар одлуке да заустави ефекте ове осуде, пристајући да узме назад своју жену".[38] Другим речима, муж је могао прекинути кривични поступак и извршење казне тиме што би примио назад своју жену. Љубавник жене, који се у члану 338. назива „саучесником" кажњавао се затворском казном у временском трајању на које је осуђена и жена прељубница. Уз то, он је кажњаван и новчаном казном од 100 до 2000 франака.[39] Као саучесници у прељуби су могли одговарати како ожењени, тако и неожењени мушкарци. Други став овог члана прописао је да су, поред хватања на делу, једини докази који могу бити употребљени против жениног *саучесника* они који проистичу из писама и других докумената које је написао оптужени.[40] Статистички подаци из Марсеја између треће и девете деценије XIX века показивали су да је у 62% случајева прељубница била ухапшена у флагрантном деликту. Најчешће је муж заједно са полицајцем долазио на лице места и хватао своју жену на делу. Неретко се дешавало и да жена сама призна прељубу.[41]

С друге стране, мушка прељуба је била кажњива само ако би муж довео љубавницу у породични дом и уколико би супруга хтела да га кривично гони.[42] Дакле, мушкарац је могао бити кажњен због прељубе само уколико је био „толико неверан да је љубавницу уселио у кућу",[43] док за жене таква квалификација није постојала, па

37 *Ibid.*

38 Code pénal de 1810, чл. 337.

39 Code pénal de 1810, чл. 338.

40 *Ibid.*

41 J. M. Donovan, 536.

42 Code pénal de 1810, чл. 339. Муж који би довео љубавницу у породични дом губио је право из чл. 336. да кривично гони своју жену уколико је и она крива за прељубу. Code pénal de 1810, чл. 336. При томе, жена није била господар одлуке да кривично гони свог мужа. *Code pénal*, édition conforme, 98.

43 Марко Павловић, *Развитак права*, Надежда Павловић Крагујевац 2013, 205.

је било каква ванбрачна веза могла довести до осуде на затворску казну. Узрок ове неједнакости био је у томе што је, по владајућем мишљењу, женина прељуба „подразумевала виши степен искварености и опасније последице" него мужевљева.[44] Такође, уколико би женин љубавник био ожењен, није могао бити кривично гоњен на основу пријаве своје супруге, него једино на основу пријаве мужа своје љубавнице, што потврђује речи Џејмса Донована (*James Donovan*) да је ово био „злочин против мужа, а не против жене".[45] За мушкарца који изврши прељубу тако што доведе љубавницу у кућу била је прописана само новчана казна од 100 до 2000 франака. Тако је, не само у погледу обима кривичног дела, већ и на нивоу казни мушкарац био привилегован у односу на жену, која се кажњавала затвором.

Због тога што је мужу могло бити суђено само ако доведе љубавницу у дом, број суђења мушкарцима за прељубу био је веома мали. Пред судовима у Марсељу у периоду од 1825. до 1850. године због прељубе су осуђена само три мушкарца. У истом периоду пред марсељским судовима су чак 52 мушкарца била оптужена за саучесништво у прељуби, а 57 жена је одговарало за кривично дело прељубе у својству извршиоца.[46]

Оваквим неједнаким третирањем женске и мушке прељубе у Кривичном законику од 1810. године био је још при његовом писању „запрепашћен" суд у Буржу, тврдећи да је „рђаво владање жене готово увек последица разузданости мужа".[47] Један део судија је чак сматрао да прељубу не би требало ни инкриминисати због тога што је „прељуба толико прљава, скандал који таква акција за собом по-

---

44 Jennifer Heuer, Anne Vertjus, „L'invention de la sphère domestique au sortis de la Révolution", *Annales historiques de la Révolution française*, no. 327, 2002, 24, 25. Поред тога, женина прељуба се сматрала опаснијом пошто је у породично гнездо могла донети децу која нису била деца законитог оца. J. M. Donovan, 533. Интересантно је да је сам Наполеон предлагао да се у Грађанском законику као један од разлога за развод брака предвиди споразумни развод, како би се „покрила женина прељуба и тако сачувао муж од скандала". Leila Saada, „Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales", *Napoléonica*. La Revue, no. 14, 2/2012, 32.

45 J. M. Donovan, 533.

46 *Ibid.*, 541, 542. Према неким подацима, у 31% случајева мушке прељубе муж је био млађи од своје супруге. Anne-Marie Sohn, „The Golden Age of Male Adultery: The Third Republic", *Journal of Social History*, vol. 28. 3/1995, 475.

47 Didier Veillon, „La rédaction du Code pénal de 1810", *Slovenian Law Review*, vol. 6, 1&2/2009, 153. У једном случају из 1871. године судије су као олакшавајућу околност искористиле то што је оптужена Маријан Поли била „лоше третирана и потпуно запостављена" од стране мужа, што су потврдили бројни сведоци. J. M. Donovan, 537.

влачи тако велики, правни лекови толико неефикасни, да би можда било упутно да се о томе ништа не говори".[48]

Кривични законик од 1791. године није познавао прељубу као кривично дело.[49] Трибун Жиле (*Jean-Claude Michel Gillet*) је уврштавање прељубе у Наполеонов Грађански законик од 1804. године (*Code civil*) објаснио тиме да женино неверство „разбија нераздвојивост породице", док мушко, пошто подразумева довођење љубавнице у дом, „разбија недељивост домаћег живота".[50] С обзиром на то да је Кривични законик поновио ове одредбе и обрадио их са кривичноправне стране, мотивација је била иста – заштита „интереса деце и породичног дома", како је то објашњавао Жил Ковјер (*Jules Cauvière*).[51] Под утицајем Наполеона и „старих модела – хришћанских, патријархалних и медитеранских" писани су и Грађански законик и Кривични законик од 1810. године.[52] С обзиром на корзиканско порекло самог Бонапарте, чини се вероватним да је патријархални утицај његове средине био пресудан. Постоје мишљења према којима су ове одредбе, као и друге које стављају жену у јако неповољан положај у односу на мушкарца, одјек његове „неспособности да Жозефину држи у шаци".[53] Речима Марка

48 „l'adultère est si ordurier, le scandale d'une telle action si grand, les remèdes de la loi sont tellement insuflisans, qu'il conviendrait peut-être de n'en rien dire" D. Veillon, 153.

49 Џ. Донован бележи да тако није било у предреволуционарном периоду. Женска прељуба могла је резултовати доживотним затварањем у манастир уколико муж не одлучи да прељубницу прими назад, док за мушку прељубу није постојала казна. Ипак, женска прељуба се толерисала у високом друштву, па чак и била пожељна, уколико је, постајући нечија љубавница, жена могла да увећа свој утицај и побољша положај своје породице на краљевском двору. J. M. Donovan, 531.

50 Joseph Bressoles, „Le Tribunat et le Code civil", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, no. 5, 1876, 401. Довођење љубавнице у породични дом било је скандалозно зато што би тада она била „ривалка законитој жени", док то не би, по мишљењу законодаваца, био случај да је мушкарац не доведе у дом. J.-A. Rogron, 99.

51 Ради заштите интереса деце и породичног дома се, по Ж. Ковјеру, јавља и „милост која омогућава подносиоцу тужбе да заустави извршење казне затвора". Jules Cauvière, „De la répression de l'adultère", extrait de la „ *Revue pénitentiare* " de Juillet-Octobre 1905, Paris 1905, 5. Заправо, женина прељуба се сматрала озбиљнијим деликтом од мушке и зато што је за собом повлачила озбиљније последице, па су се као њен резултат у породицу могла увући деца која „не припадају ономе кога закон сматра оцем." *Code pénal*, édition conforme, 97. Дете рођено из прељубе сматрало се „мање вредним од копилета". Philippe Antoine Merlin, *Répértoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 1, H. Tarlier, Bruxelles 1825, 255.

52 A.-M. Sohn, 469.

53 Susan K. Foley, *Women in France Since 1789; The Meanings of Difference,* Palgrave Macmillan, New York 2004, 22.

Кавине (*Marco Cavina*), при инкриминацији прељубе „реакционарни правници су могли ослободити своју мизогину фантазију дајући разлоге за разликовање санкција за мужа и жену".[54]

2.4. Супружничко убиство

О неповољном положају жене можда још више од одредаба о прељуби говорио је члан 324. Кривичног законика, који је регулисао супружничко убиство. Први став овог члана предвиђао је да „убиство супруге почињено од стране супруга, или њега од стране супруге, није опростиво, ако живот супруга или супруге који су починили убиство није био угрожен у тренутку када се убиство одиграло".[55] Тај став није деловао необично имајући у виду да је регулисао убиство у стању нужде. Међутим, други став доноси можда и најочигледније дискриминишућу одредбу у целом Законику. Наиме, „у случају прељубе, превиђене у члану 336, убиство супруге почињено од стране супруга, као и убиство саучесника, оног тренутка када их ухвати на делу у породичном дому, опростиво је".[56] Пошто се члан 336. односио на женску прељубу, јасно је да је у случају флагрантног деликта Законик дозвољавао убиство жене и њеног љубавника. Насупрот томе, Кривични законик није познавао институт правно дозвољеног убиства у корист преварене жене. Под „породичним домом" Законик је сматрао резиденцију мужа, што је и било потврђено у једној од пресуда Касационог суда.[57]

О овом решењу чувени француски правник Емил Гарсон (*Emile Garçon*) писао је да је јасно да „ако гнев може бити опроштен, то је онај где супруг, без обзира на околности, осветује своју брачну част".[58] При томе, Законик нигде није забранио примену овог члана

54 „les juristes réactionnaires pouvaient libérer leur fantaisie misogyne en donnant raison à la diversification des sanctions entre le mari et la femme" Marco Cavina, „Les liasons dangereuses: droit pénal et famille dans le Code pénal de 1810 et dans les codes italiens de la Restauration", Chantal Aboucaya, Renée Martinage (dir.), *Le Code pénal. Les métamorphoses d'un modèle 1810–2010*, Lille 2012, 57. Опсесија женским моралом и женском прељубом довела је до великог броја уметничких дела ове тематике. J. M. Donovan, 533.

55 Code pénal de 1810, чл. 324.

56 Code pénal de 1810, чл. 324.

57 Joseph-François-Claude Carnot, *Commentaire sur le Code pénal,* tome second, Libraire de la Cour de cassation Paris 1836, 85. Оваква одредба била је логична последица обавезе жене да свуда прати мужа, што је предвиђао Грађански законик. Code civil, чл. 108.

58 Emile Garçon, *Code pénal annoté,* tome 2, Sirey, Paris 1956, 151. За више анализе овог члана вид. J.-A. Rogron, 94. Женина прељуба била је, према томе, „једини разлог за опроштај кривице (за убиство, прим. аут) међу људима које држава

на злочине из страсти.[59] „Ова одредба", писао је Гарсон, „традиционална је; њени корени су у примитивном концепту римског права о мужевљевој и очинској моћи и кућној јурисдикцији. Наши стари криминалисти, имитирајући римско право, при чему су сасвим лоше разумели принципе, извињавали су убиство уколико је почињено од стране оца над ћерком и њеним љубавником, од стране мужа над неверном женом и њеним саучесником."[60]

Нису биле ретке критике овог законског решења. Током доношења Законика, политичар Пјер Вијо де Февил (*Pierre Villot de Fréville*) устврдио је да је „неопходно да закон заштити брак, али не стављајући га под заштиту ножева. Морамо бити опрезни да мужу лагано не дамо право да изриче смртну казну за злочин који закон кажњава само затвором."[61]

2.5. Проституција

Законодавац у Кривичном законику није, интересантно, инкриминисао проституцију. Чланом 334. Кривичног законика била је предвиђена кривична одговорност подводача и то је у Законику била једина веза са проституцијом. При томе, подводачи су кривично одговарали само под условом да су подводили малолетна лица[62] и уз услов да је проституција била „фаворизована или олакшана од стране њихових очева, мајки, тутора или других особа заслужених за надзор над њима". Казна за подводаче била је кумулативна, за ово дело је био прописан затвор од две до пет година и новчана казна од 300 до 1000 франака.[63]

обавезује да живе заједно и да не одбијају подношење ниједне жртве како би међусобно одржали ову савршену заједницу". *Code pénal*, édition conforme, 95.

59 Pascal Fournier, Pascal McDougall, „Le droit compare et la violence faite aux femmes: voyages au coeur de la narration identitaire", *Droit et societé*, no. 87, 2014, 443.

60 E. Garçon, 151. И у старом Риму постојале су сличне одредбе по којима је жени за прељубу судио породични суд на челу са *pater familias*-ом, који је био „судија и целат" жени прељубници. P. A. Merlin, 231. Убиство жене прељубнице ухваћене на делу било је, по *Lex Cornelia de Sicariis*, изузето од кажњавања смртном казном, пошто је извршено у „праведном бесу". Achille Morin, *Dictionnaire du droit criminel*, A. Durand, Paris 1842, 42.

61 „On doit prendre garde de ne pas donner légèrement au mari le droit de décerner la peine de mort, pour un crime que la loi ne punit que de la prison" M. Cavina, 56. У том смислу, постављало се и питање мотива супружничког убиства, јер „ко нам може гарантовати да мржња никада неће глумити љубав да би послужила освети?" Étude de législation pénale, 358.

62 Подвођење малолетних лица А. Морин (*Achille Morin*) квалификовао је као „морално чедоморство". A. Morin, 90.

63 Code pénal de 1810, чл. 334.

Законик није предвиђао кривичну одговорност самих проститутки, а истовремено су у ондашњој Француској постојали акти који су предвиђали регистрацију, инспекцију и регулацију проститутки.[64] Проституција се током XIX века сузбијала углавном на локалном нивоу. Примера ради, у Паризу је постојао вансудски трибунал састављен од полицијских службеника. Ово тело, „на маргинама законитости", могло је да изриче казне од 40 дана до два месеца затвора, које су се издржавале у познатој женској затворској установи Сен Лазар.[65] На остатку територије махом је за сузбијање проституције примењиван члан 270. Кривичног законика, који је инкриминисао скитничење.[66]

2.6. Силовање

Кривично дело силовања регулисано је чланом 331. Кривичног законика од 1810. године: „Ко учини злочин силовања, или буде крив за било који други непристојни напад, извршен или покушан уз насиље против лица једног или другог пола, казниће се робијом". Наредна два члана предвиђала су квалификоване облике овог кривичног дела. Принудним радом у ограниченом трајању кажњавало се силовање детета млађег од 15 година, а уколико би силоватељ био задужен за надзор над жртвом и имао ауторитет над њом, или био жртвин наставник или унајмљени слуга, или јавни функционер, или свештеник, или уколико је извршилаца било више, казна је била принудни рад у неограниченом трајању.[67]

Иако је члан 331. предвиђао оба пола као могуће жртве овог кривичног дела, постојала су мишљења да је силовање могуће извршити само над женом, пошто је то подразумевало „полну спознају жене против њене воље".[68] У односу на друге сексуалне деликте или, како их Законик назива, „непристојне нападе", силовање се разликовало по знатно озбиљнијим последицама по жртву и њену породицу, као и њихову част.[69]

Један од кључних обележја бића овог кривичног дела било је присуство насиља, односно „неморал циља коме се придружује

64 Auberi Salecroix, *Prostitution, proxénetisme et droit pénal,* master de droit pénal et sciences pénales, Université Panthéon-Assas, Paris 2010, 5.

65 Hélène Duffuer-Vialle, *Filles victimes, filles vicieuses, filles dangereuses, http://journals.openedition.org/criminocorpus/3706*, приступљено 20. јануара 2020.

66 *Ibid*.

67 Code pénal de 1810, чл. 331, 332, 333.

68 Paul Reutenauer, „The French Penal Law Relating to Criminal Assaults on Minors", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 6, parts 1 and 4, 1924, 56.

69 *Ibid.*

насилност средства".[70] Оновремена француска доктрина под насиљем је, по речима П. Ројтенауера (*Paul Reutenauer*), сматрала не само физичку присилу која је онемогућавала отпор жртве, него и претње „такве да је испуњавају великим страхом од озбиљне опасности за њу и њену породицу; злоупотребу околности које су жртву лишавале начина да се одбрани, као што су спавање, пијанство, несвестица, и, коначно, у употреби стратегија, као што су, на пример, анестезија или хипноза, који могу да је онесвесте".[71]

У случају силовања жртва је била прегледана; ако би други полни деликти били у питању, прегледале су је бабице, а у случају силовања преглед је вршио лекар. Процедуре за поступање са жртвама силовања први је у свом приручнику, „одистинској интелектуалној катедрали XIX века", дао др Емануел Фодере (*Emmanuel Fodéré*), који се може сматрати и оцем савремене судске медицине.[72]

С обзиром на свеопшти патријархални дух Законика, не изненађује чињеница да силовање у браку није било инкриминисано. Став доктрине тог времена био је да вагинална пенетрација коју је супруг наметнуо супрузи не потпада ни под какве квалификације „непристојних напада".[73] Чак је и Касациони суд у једној пресуди из 1910. године потврдио да је овакво понашање „у легитимним границама брака".[74]

3. КАЖЊАВАЊЕ ЖЕНЕ

3.1. Принудни рад

Специфичне одредбе о положају жена у француском Кривичном законику од 1810. године почињу чланом 16. који је регулисао режим издржавања казне принудног рада (*travaux forcés*). Жене и девојке осуђене на ову казну имале су да је издржавају искључиво унутар казнених завода,[75] за разлику од мушких осуђеника који су је могли из-

70 A. Morin, 792.

71 „in threats of a nature to inspire her with fear of serious danger to herself or to her relations; in abuse of circumstances which deprive her of her means of defence, such as sleep, drunkenness, or a faint, and, finally, in the use of stratagem, as, for example, anesthesia or hypnotism, liable to render her unconscious" P. Reutenauer, 56.

72 Frédéric Chavaud, „L'invention des déviances sexuelles. De la violence à la debauche (1825–1914)", *Archives de politique criminelle*, no. 34, 2012, 11.

73 Mathias Couturier, „Les évolutions du droit français face aux violences conjugales", *Dialogue*, no. 191, 1/2011, 70.

74 Заправо, све до 1990. године „француско кривично право није осуђивало мужа за највећи део сексуалних аката учињених његовој супрузи". M. Couturier, 70, 71.

75 Code pénal de 1810, чл. 16.

државати и на отвореном. Поред тога, жене нису „попут мушкараца, могле бити везане ланцима; слабост пола, а можда и јавна пристојност, захтевале су ову модификацију", како је писао Ж. А. Рогрон.[76]

С обзиром на то да су мушкарци осуђени на принудни рад радили тешке физичке послове као што је исушивање мочвара и рад у лукама, одређивање да жене ову казну издржавају унутар казнених завода било је заправо олакшавање казне по основу пола. Ово олакшавање није била новост у француском кривичном праву. У предреволуционарном кривичном праву Француске казна принудног рада извршавала се у виду веслања на бродовима (*peine des galères*), док је код жена ова казна замењивана казном батинања, из чега се закључивало да су оне „због свог пола (...) често имале користи од ублажавања казни".[77] Амерички криминолог Торстен Селин (*Thorsten Sellin*) је забележио да је неретко краљевом милошћу казна веслања на бродовима код жена замењивана и доживотним затвором.[78]

Будући да је принудни рад, по мишљењу Т. Селина, био врста телесне казне,[79] природно је било да се део кривичара изјасни против изрицања ове казне пре свега женама, али и мушкарцима. Чувени француски правник Портали (*Portalis*), био је мишљења да се „ова казна не може изрицати (никоме, прим. аут), а пре свега женама", пошто „постоји нешто у тој казни што је противно части и људскости".[80]

3.2. Извршење смртне казне над трудницом

Смртна казна по режиму Кривичног законика од 1810. године извршавала се простим одсецањем главе[81] и подједнако је погађала мушкарце и жене. Међутим, члан 27. Законика предвиђао је да ће труднице осуђене на смрт имати посебан третман, па „ако жена осуђена на смрт буде проглашена бременитом и ако се то потврди, она ће бити подвргнута казни искључиво после порођаја".[82]

76 J.-A. Rogron, 10.

77 Marie-France Brun-Jansen, „Criminalité et répression pénale au siècle des Lumières. L'exemple du Parlement de Grenoble", *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 76, 3/1998, 358.

78 Thorsten Sellin, „Penal Servitude: Origin and Survival", *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 109, 5/1965, 278.

79 *Ibid.*, 279.

80 Adolphe Chaveau, *Code pénal progressif. Commentaire sur la loi modificative du Code pénal,* Bureau de la jurisprudence criminelle, Paris 1832, 279.

81 Code pénal de 1810, чл. 12.

82 Code pénal de 1810, чл. 27.

Ова одредба Законика није била постреволуционарна новина у француском кривичном праву. Сличне одредбе се срећу и у предреволуционарном законодавству, као и у револуционарним изворима кривичног права који су донети пре 1810. Чувена *Ordonnance criminelle* Луја XIV од 1670. године предвиђала је да „ако било која жена, пре или након што буде осуђена на смрт, буде деловала или се изјашњавала као бремeнита, судије ће наредити да је посете бабице именоване по службеној дужности". Бабице би дале стручно мишљење у предвиђеној форми, па „ако се утврди трудноћа, извршење ће бити одложено до после порођаја".[83] Иако је писан у просветитељском духу, француски Кривични законик од 1791. године није садржао одредбу о одлагању смртне казне трудницама. Могуће је да је разлог томе била жеља да се начело једнакости пред законом, које је било једно од главних начела новог револуционарног права, изведе без изузетка кроз целу законску материју.

Француско револуционарно право се вратило предреволуционарној традицији одлагања смртне казне трудници Законом од 23. жерминала III године (12. април 1795). Овај Закон је садржао помало необично формулисану одредбу по којој се ниједна жена „за кривично дело које повлачи смртну казну не може *извести пред суд*, ако се не утврди, на уобичајени начин, да није трудна".[84] Како је жена могла остати трудна између изрицања пресуде и самог извршења, показало се да ова одредба није била на добар начин правно-технички формулисана, и као последица тога, није била хумана.[85] Кривични законик од 1810. године је исправио ову омашку, а Закон од 23. жерминала је дерогиран од стране Касационог суда.[86]

Ни правно-технички савршенија одредба Кривичног законика од 1810. године није била без мана јер је Законик штитио трудницу од смртне казне само до порођаја, али није предвидео мере за заштиту трудне жене од излагања стресу пред судом. Према речима Ж. А. Рогрона, „Законик се само бавио проглашавањем (трудном, прим. аут.) жене осуђене на смрт", притом потпуно заборављајући да „умор од судских расправа може нашкодити детету".[87] Временом је овај члан, „често примењиван током Револуције", постао предмет инте-

83 *Ordonnance de Louis XIV. Roy de France et de Navarre. Donnée à Saint Germain en Laye au mois d'aoust 1670. Pour les matières criminelles*, Paris 1670, наслов XXV, чл. 23.

84 Loi du 23 germinal an III, чл. 1, нав. према: J. S. G. Nypels, 41.

85 *Ibid.,* 65, 66.

86 *Ibid.,* 66, Jean-Baptiste Duvergier, *Code pénal annoté. Édition de 1832,* A. Guyot et scribe, Paris 1833, 11.

87 J.-A. Rogron, 13.

ресовања само у теорији, пошто је опадао број трудница осуђених на смртну казну.[88]

4. ЗАКЉУЧАК

Кривични законик од 1810. године представљао је у правом смислу речи производ сопственог доба. Целокупни садржај Законика, па тиме и одредбе о положају жена, представљале су синтезу различитих утицаја – предреволуционарних, револуционарних, патријархалних и, у одређеној мери, римокатоличких. Први француски Кривични законик из 1791. године јесте био напредан, али се у пракси показао „списком лепих жеља" и у условима Револуције неефикасним. Норме које су регулисале положај жена у овом Законику нису биле изузетак.

Кривични законик од 1810. године донео је промену, или, тачније, регресију када је у питању била жена као извршилац, саучесник и жртва кривичног дела. Традиционално се оновремени француски цар лично, Наполеон Бонапарта, сматра главним кривцем за овакву редакцију одредаба Законика. Не само у пракси, него и у правној теорији, оштро су критикована бројна решења овог Законика, на челу са правно дозвољеним убиством жене прељубнице и њеног љубавника – саучесника. Ипак, не треба судити законској редакцији и саблажњавати се над сваком од одредаба о положају жене из данашње перспективе. Постреволуционарна Француска била је држава са високом стопом криминалитета и, према тадашњим стандардима, неморала, и за учвршћивање власти било је неопходно донети оштар и строг Законик. Тадашња правна наука била је мишљења да је женски криминалитет заправо девијација природних полних улога, с обзиром на то да је жена стожер породице и по природи више усмерена ка кућном огњишту. У складу са тим, женски криминалитет као аномалија је био строго санкционисан. Упркос строгом опхођењу Законика према женама, пракса је показала да су жене умеле да имају користи од свог пола, будући да су сматране нежним и неразумним бићима. У складу са тим, није се ретко дешавало да су, донекле парадоксално, чисто мушке пороте оптужену жену ослобађале кривице.

Упркос свим оправданим критикама, Кривични законик од 1810. године у највећој мери јесте одговарао духу свога времена, па чак и у погледу одредаба о положају жена. Током 183 године, колико је био на снази, Законик је мењан и прилагођаван актуелним схватањима

88 Cours de droit. *Droit criminel: De la peine*, Libraire Carus, Paris 1935, 24.

времена, а и неновелиране одредбе су другачије тумачене од епохе до епохе, па је Законик показао велику прилагодљивост.

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

Code pénal de l'empire français. Edition conforme à celle de l'imprimerie impériale, Paris 1810.

Code pénal, édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois, précedé de l'éxposé des motifs par les orateurs du Conseil d'Etat sur chacune des lois qui composent ce Code, avec une table alphabetique de matières, Imprimerie de A. Beltin, Paris 1812.

Code civil des français: éd. originale et seule officielle, Paris 1804.

Loi. Code Pénal. Donnée à Paris le 6 octobre 1791, Paris 1790.

Ordonnance de Louis XIV. Roy de France et de Navarre. Donnée à Saint Germain en Laye au mois d'aoust 1670. Pour les matières criminelles, Paris 1670.

СУДСКЕ ПРЕСУДЕ:

Cass. 29 oct. 1811

ЛИТЕРАТУРА:

Cours de droit. *Droit criminel: De la peine*, Libraire Carus, Paris 1935.

Étude de législation pénale comparéé, Auguste Durand, Paris 1852.

Robert Allen, James Steven Bryant, „La justice pénale et les femmes, 1792–1811", *Annales historiques de la Révolution française*, no. 350, 2007, 87–107.

Jacques Marie Boileux, *Commentaire sur le Code civil, contenant l'explication de chaque article séparément,* cinquième édition, tome premier, Libraire de la Cour de cassation, Paris, 1842.

Joseph Bressoles, „Le Tribunat et le Code civil", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, no. 5, 1876, 379–406.

Marie-France Brun-Jansen, „Criminalité et répression pénale au siècle des Lumières. L'exemple du Parlement de Grenoble", *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 76, 3/1998, 343–369.

Joseph-François-Claude Carnot, *Commentaire sur le Code pénal,* tome second, Libraire de la Cour de cassation Paris 1836.

Jules Cauvière, „De la répression de l'adultère", extrait de la „ *Revue pénitentiare* " de Juillet-Octobre 1905, Paris 1905.

Marco Cavina, „Les liasons dangereuses: droit pénal et famille dans le Code pénal de 1810 et dans les codes italiens de la Restauration", Chantal Aboucaya,

Renée Martinage (dir.) *Le Code pénal. Les métamorphoses d'un modèle 1810–2010*, Lille 2012, 51–57.

Joseph Champcommunal, „Étude critique de législation comparée sur la tentative", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vol. 24, 1895, 94–114.

Frédéric Chavaud, „L'invention des déviances sexuelles. De la violence à la debauche (1825–1914)", *Archives de politique criminelle*, no. 34, 2012, 7–22

Adolphe Chaveau, *Code pénal progressif. Commentaire sur la loi modificative du Code pénal,* Bureau de la jurisprudence criminelle, Paris 1832.

Mathias Couturier, „Les évolutions du droit français face aux violences conjugales", *Dialogue*, no. 191, 1/2011, 67–78.

James M. Donovan, „Adultery and the Decline of the Sexual Double Standard in Marseille 1825–84", *French History*, vol. 29, 4/2015, 530–549.

Hélène Duffuer-Vialle, *Filles victimes, filles vicieuses, filles dangereuses, http://journals.openedition.org/criminocorpus/3706,* приступљено 17. септембра 2020.

Jean-Baptiste Duvergier, *Code pénal annoté. Édition de 1832,* A. Guyot et scribe, Paris 1833.

Susan K. Foley, *Women in France Since 1789; The Meanings of Difference,* Palgrave Macmillan, New York 2004.

Pascal Fournier, Pascal McDougall, „Le droit compare et la violence faite aux femmes: voyages au coeur de la narration identitaire", *Droit et societé*, no. 87, 2014, 435–464.

Emile Garçon, *Code pénal annoté,* tome 2, Sirey, Paris 1956.

Jennifer Heuer, Anne Vertjus, „L'invention de la sphère domestique au sortis de la Révolution", *Annales historiques de la Révolution française*, no. 327, 2002, 1–28.

Chantal Horellou-Lafarge, „Une mutation dans les dispositifs de contrôle social: le cas de l'avortement", *Revue française de sociologie*, Vol. 23, 3/1982, 397–416.

Karen E. Huber, „Punishing Abortion: Duty, Morality and Practicality in Early 20th Century France", *The American Journal of Economics and Sociology*, vol. 76, 1/2017, 95–120.

Bartha Maria Knoppers, Isabel Brault, Elizabeth Sloss, „Abortion Law in Francophone Countries", *American Journal of Comparative Law*, vol. 38, 4/1990, 889–922.

Allane Madanamoothoo, „Termination of Pregnancy Under French Law: From Criminalization to a Right in Accordance with International Developments on Women's Rights", *Medicine and Law*, vol. 30, 4/2011, 535–554.

Angus McLaren, „Abortion in France: Women and the Regulation of Family Size 1800–1914", *French Historical Studies*, vol. 10, 3/1978, 461–485.

Philippe Antoine Merlin, *Répértoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 1, H. Tarlier, Bruxelles 1825.

Achille Morin, Dictionnaire du droit criminel, A. Durand, Paris 1842.

Jean Servais Guillaume Nypels, *Annotations sur la Théorie du Code pénal de Ad. Chaveau et F. Hélie,* L. E. Bosch et fils, Utrecht 1846.

Марко Павловић, *Развитак права*, Надежда Павловић, Крагујевац 2013.

Paul Reutenauer, „The French Penal Law Relating to Criminal Assaults on Minors", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 6, parts 1 and 4, 1924, 50–66.

Joseph-André Rogron, *Code pénal expliqué par ses motifs et par des exemples,* Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles 1834.

Leila Saada, „Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales", *Napoléonica*. La Revue, no. 14, 2/2012, 25–49.

Auberi Salecroix, *Prostitution, proxénetisme et droit pénal,* master de droit pénal et sciences pénales, Université Panthéon-Assas, Paris 2010.

Thorsten Sellin, „Penal Servitude: Origin and Survival", *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 109, 5/1965, 277–281.

Germain Sicard, „Doctrine pénale et débats parlamentaires: la réformation du Code pénal en 1831–1832", *Revue d'histoire de Facultés de droit et de la science juridique*, no. 14, 1993, 137–165.

Anne-Marie Sohn, „The Golden Age of Male Adultery: The Third Republic", *Journal of Social History*, vol. 28. 3/1995, 469–490.

Didier Veillon, „La rédaction du Code pénal de 1810", *Slovenian Law Review*, vol. 6, 1&2/2009, 143–160.

Milica Marinković, LLM*

POSITION OF WOMEN IN THE FRENCH PENAL CODE OF 1810

Summary

In this paper the author analyses the legal position of women in the French Penal Code of 1810 (*Code pénal de 1810*). Although the propositions of the Civil code of 1804 are key to determining the legal position of a woman in XIX century French law, we cannot disregard the propositions given by criminal law.

By analysing legal sources as well as literature, both XIX century and current, the author gives an overview of the legal position of a woman as a victim, culprit and accomplice in the French Penal Code of 1810. This Code was written in a pronouncedly patriarchal tone, which is manifested in numerous legal propositions that seem outdated and very unjust from a contemporary perspective. Still, the Penal Code of 1810 echoed greatly in legal systems of XIX century Europe, which signifies that it corresponded to the spirit of the times.

Key words: *Abortion. – Rape. – Successive bigamy. – Adultery. – Spousal homicide.*

Рад приспео / Paper received: 20.08.2020.
Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 20.10.2020.

* Teaching assistant, Faculty of Law in Kragujevac mmarinkovic@jura.kg.ac.rs

The paper was accepted for the Iustoria 2020 conference, but the author was unable to present.

UDC 347.626-055.2(497.11:450)"18"

CERIF: S130, H240, H300

DOI: 10.51204/HLH_20205A

Андреј ЦОНФАЛОНИЕРИ*

ПОРЕЂЕЊЕ ПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ЖЕНА У БРАКУ И НАСЛЕЂИВАЊУ У СРПСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ ИЗ 1844. И ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ КРАЉЕВИНЕ ИТАЛИЈЕ ИЗ 1865.

Рад се бави упоредном анализом правног положаја жена у Српском грађанском законику (1844) и у Грађанском законику Краљевине Италије (1865) у погледу норми које регулишу положај жене у браку и оних у којима се говори о наслеђивању. Иако је сам стил писања норми другачији, примећује се одређена сличност у одредбама о браку, односима супружника, односима супружника и деце и у погледу тестаменталног наслеђивања. Постоје и одређене разлике које су, у већем делу, занемарљиве. Највећа разлика јесте начин на који је регулисано законско наслеђивање: док је у италијанском признато право на наслеђивање брачној деци без обзира на пол, у српском су жене искључене из наследства. Разлика се огледа и у томе што се прељуба сматра разлогом за сепарацију у Италијанском законику само у случају да је учини жена, док у Српском није прецизиран пол прељубника као могући разлог за развод брака. Српски законодавац уређује и положај жене у задрузи, док италијански не регулише тај институт.

Кључне речи: *Положај жене. – Српски грађански законик. – Грађански законик Краљевине Италије. – Брак. – Законско наслеђивање.*

* Аутор је студент треће године на основним академским студијама на Правном факултету Универзитета у Београду, *andrej.confalonieri@gmail.com*

1. УВОД

Када помислимо да је у двадесет првом веку могуће некога дискриминисати само на основу припадности супротном полу,[1] јасно је због чега је релевантно проучавати разлоге који су довели до тога да се жена сматра инфериорном у односу на мушкарца, као и саме правне системе у којима се налазе дискриминаторске норме. Ови разлози се јављају на самом почетку људске цивилизације. Још од давнина је жена сматрана бићем ниже вредности у односу на мушкарца.[2] Иако Ева Кантарела (*Eva Cantarella*) наводи да су узрок томе пре свега били културолошки разлози, а касније и чињеница да се сматрало да по природи ствари жена мање вреди,[3] сматрамо да је њена потчињеност у старим друштвима настала из биолошког разлога – мањка

1 Примера ради, према истраживању које је спровео Републички завод за статистику Србије 2012. године, жене у Србији зарађују мање од мушкараца јер су њихови послови мање плаћени, а често су чак и за исти посао плаћене мање. Такође, имају мање изгледе да напредују у каријери, и добијају лошије послове. Оне су више оптерећене од мушкараца у кућним пословима, па просечна жена у Србији 2012. троши преко 4 сата на неплаћени рад, док просечни мушкарац мало преко сат и по. Мушкарци су бројнији на утицајним пословима, па има мање жена међу директорима, председницима, премијерима итд. Жене су такође жртве сексуалног и родно заснованог насиља које произилази из структурне неједнакости мушкарца и жене, што значи да, иако се женин положај знатно поправио у последњих неколико деценија, и даље постоје многи проблеми које треба решити у том погледу, како у Србији, тако и у иностранству. Дискриминације на основу пола је могуће уочити и у иностранству, нпр. у одређеним азијским државама, у којима се могу пронаћи закони о раду и о својини који праве полне дискриминације или норме којима није предвиђено кажњавање насиља над женама. Чак је и у Србији насиље у породици инкриминисано као кривично дело тек 2002. године, иако оно као такво пружа заштиту породици у целини, посредно штитећи и жене. Joshua Eastin, „Aseem Prakash, Economic Development and Gender Equality: Is There a Gender Kuznets Curve?", *World Politics* 65(1), 2013, 162; Милован М. Митровић, Данило С. Вуковић, *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 91–93; Наташа Делић, „Кривично дело насиља у породици (члан 194. КЗС): законски појам, доктринарни ставови и судска пракса", Лепосава Крон (ур.), *Насилнички криминал: етиологија, феноменологија, превенција,* 2010, 92.

2 Што је контрадикторно ако се посматра чињеиица да су многи песници величали жену у својим песмама (раније), а поготово апсурд представља чињеница да је жена у хришћанству „узвишена на највиши степен моралне вредности, до самог божанства", а са друге стране је „бачена у кал до узрочнице свега зла и сваке несреће у свету". Вид. Фердо Чулиновић, *Жена у нашем кривичном праву*, Глобус, Београд 1934, 11 и даље.

3 Она наводи да се социјална организација римске државе и грчких држава може сматрати тренутком када је разлика између полова кодификована, па су њу људи почели да схватају као биолошку разлику која означава инфериорност жене у односу на мушкарца, а престали су на њу да гледају као на култураl-

физичке снаге у односу на мушкарца у друштвима која су почивала искључиво на физичком раду,[4] а да се та потчињеност задржала до данашњих дана.

Иако се временом положај жене побољшао,[5] и данас се наилази на велике проблеме. Највећи од њих свакако јесте вековима усађена свест о својеврсној власти коју муж има над женом и немогућност жене да преко сопственог положаја у друштву оствари себе као личност. Управо зато, превазилажење ове препреке треба посматрати као процес који се постепено одвија, узимајући у обзир и чињеницу да се положај у коме се жене налазе врло разликује у зависности од ситуације али и дела света о ком говоримо, јер се положај жене „тешко може посматрати изоловано од положаја и живота читавог становништва, од проблема права човека уопште, од друштвене структуре, економског и политичког система, и, разуме се, од самог нивоа развитка уопште: привредног, техничког и културног; од улоге религије, од обичаја".[6]

Како је време пролазило и како се мењала и развијала привреда, највише услед индустријске револуције која се догодила у другој половини деветнаестог века, све више жена је видело могућност самоостварења у радном ангажовању које се слободно може сматрати једним од првих већих корака у борби за побољшање њиховог положаја, која траје вековима. „То је моменат, када су први пут жене у масама изашле из тесног фамилијарног круга на рад ван куће. Живот се показао јачи од канонских прописа, који забрањују женама свако занимање ван домаћинског круга".[7] Узимајући у обзир чињеницу да се положај жене сам по себи тешко може посматрати изоловано од положаја и живота читавог становништва, долазимо до закључка да су промене биле неминовне на готово сваком плану друштвеног развитка и слободе. Француска револуција, која је поникла на управо

ну разлику. Eva Cantarella, *L'ambiguo malanno: condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Feltrinelli Editore, Milano 2010, 4 и даље.

4 Сматрамо да би било примереније рећи да су каснији културолошки разлози надградња, али не и основни разлог правне потчињености жена.

5 О дискриминацији жена и постепеном развоју жениних права кроз историју вид. исцрпно нпр: Bonnie G. Smith, *The Oxford Encyclopedia of Women in World History*, Volume 1, Oxford University Press, London 2008, xxviii-cxxxvii; E. Cantarella, 1 и даље; Linda L. Clark, Linda Loeb Clark, *Women and Achievement in Nineteenth-Century Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, 5 и даље; Elise Boulding, *The Underside of History: A View of Women Through Time*, Westview Press, Boulder 1977.

6 Митра Митровић, *Положај жене у савременом свету*, Народна књига, Београд 1960, 7.

7 Ана Божић, *Положај жене у приватном праву: кроз историју до данас*, Београд 1939, 199–200.

оваквим идејама, није нарочито успешно решила питање положаја жене,[8] али свакако чињеница остаје да су „те велике идеје прешле границе Француске и великим таласима плавиле околне државе, нарочито Енглеску, Скандинавске државе и Немачку и придонеле да се у тим земљама правни положај жене рапидно поправи".[9] То је и период доношења првих грађанских законика који су се, неки у мањој, неки у већој мери, бавили и овим питањем. Међу њима се налазе и Законик грађански за Књажество србско (који се у литератури чешће среће под називом Српски грађански законик, због чега ћемо у даљем тексту употребљавати скраћеницу СГЗ) и Грађански законик Краљевине Италије (*Codice civile del Regno d'Italia*, даље ИГЗ).

Постоји више разлога који оправдавају проучавање и поређење ова два законика. Пре свега, разлог се налази у чињеници да се у српској литератури нико још увек није бавио упоредном анализом положаја жена у ова два законика, управо због тога што се највећи број писаца бави анализом Француског грађанског законика (*Code civil des Français* или *Code Napoléon*, даље ФГЗ) из 1804. и Аустријског грађанског законика (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch,* даље АГЗ) из 1811, који су несумњиво имали утицаја на велики број грађанских кодификација у Европи. Даље, могу се поредити са историјског аспекта њиховог доношења, у том смислу што је СГЗ донет неколико година након што се српска држава ослободила турске власти, а италијански неколико година након унификације из 1861. Треће, СГЗ и ИГЗ имају различите узоре. СГЗ је примарно писан на основу АГЗ-а, а ИГЗ по узору на ФГЗ.[10] Ипак, и један и други законик имају брач-

8 Војислав Станимировић каже да је „велика француска револуција мимоишла жене" и да се, „између осталог, под утицајем Наполеона, о жене теже огрешио први модерни законик Европе, *Code civil*". Војислав Станимировић, „Снага обичаја – породица у српском грађанском законику између старог и новог", Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић (ур.), *Српски грађански законик – 170 година (СГЗ – 170)*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2014, 156.

9 А. Божић, 199–200.

10 Иако су многи сматрали да је аустријска кодификација боља од француске, постојали су политички разлози који су довели до одбацивања њеног законодавства. Наиме, средином XIX века су Аустрија и тадашње Краљевство Сардинија водили више ратова, па се онда поставља питање могућности приклањања „веома католичкој Аустрији и њеном законодавству, када је баш Аустрија најгорчи непријатељ новонастале унитарне државе" („*come ci si può richiamare alla „cattolicissima" Austria e alla sua legislazione, quando è proprio l'Austria il più acerrimo nemico del nascente stato unitario?*"). Исто тако, између 1828. и 1837. нацрт будуће српске грађанске кодификације рађен је по узору на Наполеонов кодекс, уз извесне модификације, а не по узору на АГЗ, што је имало утицаја на неке разлике између СГЗ-а и АГЗ-а. Giulia Galeotti, „L'autorizzazione maritale nel primo codice civile unitario: un istituto „estraneo" alla

ноправна и наследноправна решења различита од оних садржаних у њиховим узорима (нпр. у СГЗ су унете норме и из ФГЗ-а).[11] Тако, са једне стране СГЗ се највише разликује од АГЗ-а у погледу законског наслеђивања. Са друге стране, и ИГЗ има неколико разлика у односу на ФГЗ: пре свега, укинут је институт *„fente successorale*",[12] постоји разлика у погледу положаја полубраће и преживелог супружника, а и законско наслеђивање је регулисано на другачији начин.[13] Коначно, умесно је поређење на основу конзервативности двају законика у погледу положаја жене, јер је СГЗ у том погледу конзервативнији од свог изворника, а узор ИГЗ-а је врло конзервативни ФГЗ.

Узевши у обзир све специфичности, али и бројне сличности које постоје између СГЗ-а и ИГЗ-а, сматрамо да је њихово поређење релевантно како са правног аспекта, тако и са историјског аспекта њиховог доношења.

2. ПОРЕЂЕЊЕ ПОЈЕДИНИХ ИНСТИТУТА У ПОГЛЕДУ ПОЛОЖАЈА ЖЕНЕ У СГЗ-У И ИГЗ-У

Неједнакости између жене и мушкарца се могу видети и при површном посматрању како једног, тако и другог грађанског законика.

---

tradizione italiana?", *Dimensioni e problemi della ricerca storica* 2/2005, 162. Sima Avramović, „The Serbian Civil Code of 1844: A Battleground of Legal Traditions", Thomas Simon, Gerd Bender und Jani Kirov (Hrsg.), *Konflikt und Koexistenz Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert, Band II: Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien*, 2017, 431.

11 Иако је раније владало мишљење да је СГЗ заправо само скраћена верзија АГЗ-а, у новијој литератури се такво мишљење оспорава. О расправи о томе да ли је СГЗ само преписан АГЗ или не вид: С. Аврамовић, „Српски грађански законик (1844) и правни трансплanти – копија аустријског узора или више од тога?", *СГЗ – 170*, 2014, 14. и даље; о нормама које су преузете из СС вид. S. Avramović, „The Serbian Civil Code", 431–435.

12 То је институт који се примењује у случају када оставилац нема потомке, односно нема браћу ни сестре (брат и сестра су названи „привилегованим колатералима", односно *„collatéraux privilégiés*"). Тада сваки родитељ као привилеговани асцендент наслеђује половину заоставштине, а свака половина постаје независна од друге, па чак и у случају да је један од његових родитеља умро, ту половину неће наследити преживели родитељ него асценденти умрлог родитеља. Нпр. оставилац нема преживелог супружника, потомке или привилеговане колатерале, а нема ни оца. Једино су му остали мајка и деда и баба по оцу. У овом случају, половину добија мајка, а другу половину (коју би добио отац да је жив), деле деда и баба по оцу, па они добијају по четвртину. Вид. детаљније и уз више примера у: Fente successorale: qu'est-ce que c'est?, *https://www.capital.fr/votre-argent/fente-successorale-1343470*, приступљено 30. октобра 2020.

13 Kenneth Reid, Marius Johannes De Waal, Reinhard Zimmermann, *Comparative Succession Law*, *Intestate Succession*, Oxford University Press, Oxford 2015, 73.

Рад се бави питањима положаја жене у браку (одредбе које регулишу склапање брака, развод брака, односно сепарацију, питања држављанства у ИГЗ-у и вере у СГЗ-у, односе супружника, односе родитеља и деце, пословну способност жене у браку) и њеног статуса у погледу наслеђивања (законског и тестаменталног).

2.1. Поређење правног положаја жене у браку

Сматрамо да су норме о положају жена у браку оне које највише сведоче о њиховом лошем правном статусу. Наиме, жена која није у браку ужива бољи положај од оне удате. Треба имати на уму, додуше, да положај неудате жене и удовице у СГЗ-у свеједно нису добри, јер удовица не може наследити свог мужа, односно родитељи задржавају право власти над женом до удаје. Једино би се положај жене након развода брака изједначио са положајем мушкарца.[14] Са друге стране, у италијанском праву положај неудате жене, односно удовице је скоро једнак положају мушкарца, те она има у суштини иста права као она која има мушкарац, уз пар изузетака.[15] Можемо зато рећи да је положај удате жене модификован браком као уговором који везује жену за мужа, који јој даје потчињен положај и зависности у односу на мужа.[16] Зато, највећи део нашег рада ће бити управо посвећен нормама које се баве овим питањем, јер, посматрајући само одредбе о пунолетним женама ван брака, могао би се стећи утисак да оне нису обесправљене, што свакако јесте случај у посматраним законицима.

2.1.1. Склапање брака, развод/сепарација и држављанство и вера

У погледу склапања брака, још од старог века,[17] постоји дуга традиција прописивања нижег узраста за ступање у брак за жене,

14 § 38. СГЗ-а. Вид. Марко Павловић, „Положај жене по српском грађанском законику", Миодраг Јовичић (ур.), *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844–1994), Зборник радова са научног скупа одржаног 23. и 24. маја 1994*, 1996, 208–209.

15 Чл. 55, 268, 2097. ИГЗ-а. Вид. Angiolo Burri, *Dei diritti delle donne secondo il Codice Civile del Regno d'Italia*, Tip. Salani, Firenze 1869, 4.

16 A. Burri, 4.

17 То се може илустровати уз пример старог Рима. Наиме, минимална прописана старосна граница за склапање брака за жене је била 12 година, а за мушкарце 14. Штавише, неке девојке из аристократских породица су се удавале и раније. Мушкарци су се, у пракси, ретко женили пре 16. или 17. године. Вид. Carroll Moulton, *Ancient Greece and Rome: An Encyclopedia for Students (4 Volume Set)*, Scribner, New York 1998, 274 (доступно на: Ancient History & Civilisation, MARRIAGE AND DIVORCE, *https://erenow.net/ancient/ancient-greece-and-rome-an-encyclopedia-for-students-4-volume-set/274.php*, приступљено 13.10. 2020).

због (у просеку) бржег сазревања. Тај принцип следе и ИГЗ и СГЗ. Наиме, уколико су родитељи дали своју сагласност, према ИГЗ-у мушкарац не може ступити у брак пре навршене осамнаесте године, а жена пре навршене петнаесте године, док у СГЗ-у постоји једино разлика по питању година мушкарца, где је прописан минимални узраст од седамнаест година за склапање брака, док је женин минимални узраст исти као онај предвиђен у тадашњој Италији.[18] ИГЗ такође прописује да не постоји могућност ступања у брак без пристанка оца и мајке за сина који није навршио двадесет пет година и за ћерку која није навршила двадесет и једну годину, док је, према СГЗ-у, у том случају минималан узраст осамнаест година и за мушкарце и жене.[19] Дакле, могу се приметити две разлике у односу на решење у СГЗ-у. Значајнија разлика се огледа у томе што је у ИГЗ-у прописан различит узраст за мушкарце и жене, док СГЗ прописује исти. Такође, узраст који предвиђа СГЗ је мањи у односу на онај прописан у ИГЗ-у. Полна дискриминација се огледа и у чињеници, да, уколико се родитељи не слажу, ИГЗ предвиђа да је довољан очев пристанак.[20] Оно што је свакако битно напоменути јесте да се и мајка може супротставити браку своје деце.[21] Са друге стране, СГЗ прописује да отац даје одобрење за синовљево ступање у брак, и да „до осамнаесте године дечије то његово одобрење не може бити замењено ничијим другим одобрењем".[22] Изузетно релевантно је питање вере,[23] те није

18 Чл. 55. ИГЗ-а, односно § 69, тач. 2 СГЗ-а. ИГЗ: „Не могу склопити брак мушкарац пре навршења осамнаесте године, а жена пре навршења петнаесте" („*Non possono contrarre matrimonio l'uomo prima che abbia compiuto gli anni diciotto, la donna prima che abbia compiuto gli anni quindici*"). СГЗ: „У брак законо ступити и венчани бити не могу: Ако младожења није навршио 17., а девојка 15. годину, осим случаја разрешења од надлежног Архијереја учињеног" (тач. 2). Чл. 1–365. ИГЗ доступни на: Codice Civile del Regno d'Italia – dall' art. 1 all' art. 365, *https://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_100.pdf*, приступљено 19. фебруара 2020 (превод свих чланова ИГЗ-а је наш). Целокупан текст СГЗ-а доступан на: Иван Д. Петковић (прир.), *Грађански законик за Краљевину Србију – Објашњен одлукама Касационог суда у Београду*, Београд 1939, 1–356.

19 Чл. 63, ст. 1 ИГЗ-а, односно § 69, тач. 3 СГЗ-а.

20 Чл. 63, ст. 1 ИГЗ-а.

21 Вид. чл. 82. ИГЗ-а.

22 Милош М. Јовичић, *Правни односи у породици, Лични односи међу супружницима. Родитељско право*, Београд 1935, 19. Вид. 73. § СГЗ-а, који говори о ситуацији када свештеник без допуштења родитеља венча момка и девојку пре навршења њихове осамнаесте године, у којем случају брак ипак постоји, али свештеник одговара духовном суду.

23 Вид. § 91. СГЗ-а, који говори о обавези да се брак склопи у цркви, у време које је црква прописала и сходно правилима цркве. Са друге стране, у Италији дејства производи само грађански брак. Вид. Raffaella Pasquili, „La famiglia nel

дозвољен брак између хришћана и нехришћана, који ће бити ништав ако се склопи.[24]

Док српски законодавац видно даје значај питању вере, италијански законодавац разматра на више начина како брак може да утиче на држављанство. Пре свега, дискриминација жене се огледа у томе што је држављанин онај чији је отац италијански држављанин,[25] а тек уколико је он непознат, биће држављанин уколико је његова мајка држављанин.[26] Странкиња која се уда за држављанина Италије стиче држављанство, а задржава га и ако постане удовица.[27] Жена која има италијанско држављанство а која се уда за странца постаје странкиња, под условом да чињеницом брака стекне држављанство супруга,[28] а жена и малолетна деца странца који је добио држављанство постају држављани Италије ако је њихово пребивалиште у Краљевству, али деца могу да одаберу да остану странци.[29] Питање утицаја брака на држављанство у српском праву је регулисано тако што Српкиња[30] губи српско држављанство у случају удаје за странца, а странкиња добија српско држављанство у случају удаје за Србина, под условом реципроцитета.[31] Иако се не помиње изричито у СГЗ-у, сматрамо да је битно напоменути да, по тадашњем српском праву, када странац стекне српско држављанство прирођењем, то

tempo", Silvana Serafin, Marina Brollo (ed.), *Donne, politica e istituzioni: il tempo delle donne*, Forum, Udine 2013, 224–225.

24 § 79. СГЗ-а. Касније ће Брачна правила Српске православне цркве из 1933. прописати да ће брак остати на снази уколико нехришћанин пређе у православну веру, па тиме престане разлика у вери (§ 49, тач. 2). Правила доступан на: И. Петковић, 437–470.

25 Чл. 4. ИГЗ-а. При том је ирелевантно да ли ће дете бити рођено у Краљевини или у иностранству. Felice Voltolina, *Commento al codice civile del regno d'Italia 25 giugno 1865 colle relative leggi romane, colle opinioni e dottrine de' piu celebri scrittori di diritto e di legislazione, colle indicazioni delle leggi napoleoniche ed austriache nonche delle patrie sparse in altri codici Felice Voltolina*, Tipografia Municipale di Gaetano Longo, Venezia 1873, 43–44.

26 Чл. 7. ИГЗ-а.

27 Чл. 9. ИГЗ-а.

28 Ако постане удовица, може да врати држављанство ако живи у Краљевству или ако се врати и ако изјави пред службеним лицем да жели да ту заснује пребивалиште. Чл. 14. ИГЗ-а.

29 Чл. 10. ИГЗ-а.

30 Ради објашњења термина „Србин" и „Српкиња" треба посматрати чл. 2. СГЗ-а, према коме су одређена „права и дужности Србина према брату Србину". Мирковић упоређује овај члан са чл. 1, у коме је установљен територијални принцип. Вид. Зоран С. Мирковић, „Уводна правила и увођење у живот Српског грађанског законика", *СГЗ – 170*, 2014, 77 и даље.

31 § 48. СГЗ-а.

аутоматски важи и за његову жену и малолетну децу.[32] Реч је о норми која је у интересу породице као целине, али која, с друге стране, дискриминише жену.

Што се тиче престанка брака, треба напоменути да ИГЗ изричито говори да брак може престати само смрћу,[33] што значи да није могуће развести га.[34] Ипак, постоји могућност „личне сепарације".[35] Решење у СГЗ-у је боље јер се као разлози развода наводе само рађење о глави супружнику, осуда на дуготрајну робију, одступање из хришћанске вере, „неизвесна или злоковарна" одсутност[36] и доказана прељуба,[37] при чему није изричито прецизирано да ли се ради о прељуби коју је учинила жена или муж. Иако у италијанском праву брак може престати само смрћу, а не и разводом,[38] могуће је тражити сепарацију из више разлога (али само у случајевима који су предвиђени у закону):[39] због намерног напуштања и због мучења, претњи

32 Лазар Марковић (прир.), *Грађански законик Краљевине Србије са кратким објашњењима*, Друго издање, Издавачка књижара Геце Кона, Београд 1921, 22.

33 Чл. 148. ИГЗ-а.

34 На први поглед, могло би се помислити да су на овакво законодавно решење утицали највише религијски разлози, међутим, то није случај. Наравно, законодавац није хтео да погорша већ лоше односе са католичким светом, али то није био пресудан мотив за усвајање оваквог решења. Наиме, да би се разумело искључење могућности за развод, треба посматрати период пре доношења ИГЗ-а. Током периода Наполеонове владавине, када је у Италији било могуће развести брак, мали број супружника је прибегавао том решењу, па није било ни потребно задржати такво решење. Поред тога, чл. 148. ИГЗ-а представља вид заштите за жену. 39–40. Loredana Garlati, „La famiglia tra passato e presente", Salvatore Patti, Maria Giovanna Cubeddu (ed.), *Diritto della famiglia*, 2011, 41–42.

35 Сепарација заправо јесте институт који се у старијем српском праву означавао термином „растава (од стола и постеље)". Међутим, с обзиром на то да се у ИГЗ-у користи термин „*separazione (personale)*", користићемо у даљем тексту управо термин „(лична) сепарација".

36 Тек по истеку рока од 6 година од времена одсуства супружника је могуће „дати молбу духовноме суду поради разведења брака свог". Уколико се одсутни супружник за једну годину не нађе, нити се јави другом супружнику, брак се може развести. Вид. § 95. СГЗ-а.

37 З. Мирковић, *Српска правна историја*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017, 149. Вид. § 94. СГЗ-а. Прељуба која може довести до развода није „свака блудна радња, него само блуд, обљуба", јер она која се састоји у „некој другој блудној радњи не повлачи за собом развод брака, него само одвојен живот који се, после пет година, може претворити у развод брака". Тужба за прељубу треба да буде поднета одмах, јер се у супротном прељуба сматра опроштеном. Вид. Живојин Перић, *Лично брачно право по Српском грађанском законику*, Библиотека за правне и друштвене науке, Београд 1934, 51–52; Л. Марковић, *Грађански законик*, 46–47.

38 R. Pasquili, 225.

39 Чл. 149. ИГЗ-а.

и тешких увреда или прељубе, а управо у погледу прељубе се може видети бољи положај мужа: поступак сепарације због мужевљеве прељубе није дозвољен, осим у случају када он издржава конкубину у кући или на другом месту или су околности такве да чињеница представља озбиљну увреду његове жене.[40]

После престанка брака, могуће је поново склопити брак, али уз извесна ограничења. ИГЗ предвиђа да жена не може склопити нови брак пре протека рока од десет месеци од престанка[41] или поништења претходног брака, а ова забрана престаје уколико се жена породи.[42] Са друге стране, према СГЗ-у, може се поново венчати само она страна која није крива за развод брака.[43] Ипак, разведена жена која није скривила развод брака, не може пре порођаја да се преуда ако је трудна.[44] Уколико је трудноћа неизвесна, не може се преудати пре протека рока од девет месеци после развода (дакле, предвиђено је време које је краће месец дана у односу на решење усвојено у ИГЗ-у), осим ако се на суду од стране вештака докаже да није трудна, у ком случају се може удати протеком рока од шест месеци.[45]

2.1.2. Односи супружника

Положај жене у браку у СГЗ-у и ИГЗ-у[46] би се могао објаснити чињеницом да је жена зависна од мужа. И један и други законодавац предвиђају мужа као главу[47] породице:[48] супруга прати његов цивилни

40 Чл. 150. ИГЗ-а. Женина прељуба се у италијанском праву задржала као кривично дело чак до 1969. године. E. Cantarella, Prefazione.

41 Мисли се на престанак брака услед смрти супружника.

42 Чл. 57. ИГЗ-а. Једини изузетак од овог правила је предвиђен у члану 107, који говори о трајној немоћи, која је настала пре склапања брака, због које други супружник може тражити поништење брака.

43 § 101. СГЗ-а.

44 В. Станимировић, 157.

45 § 105. СГЗ-а.

46 Тако, Стефанија Лићини (*Stefania Licini*) наводи да је у тек формираном Италијанском краљевству потврђена подређеност жене у односу на мушкарца увођењем новог грађанског законика. Вид. Stefania Licini, „Women, wealth and finance (19th century Italy)", *Working papers at the Hyman P. Minsky Dep. of Economic Studies – Quaderni del Dip. di Scienze economiche Hyman P. Minsky*, 2006 (доступно на: Women, wealth and finance. (19th century Italy), *https://www.researchgate.net/publication/4923924_Women_wealth_and_finance19th_century_Italy*, приступљено 13. септембра 2020).

47 Милош Јовичић сматра да би било погрешно схватити овај израз у апсолутном смислу, јер се он односи само на правне односе. Вид. М. Јовичић, 9.

48 На питање због чега је неопходно у закону одредити некога као централну фигуру у породици, Перић објашњава да је нужно одредити некога као шефа било

статус, преузима његово презиме и дужна је да га прати где год он да одреди пребивалиште.[49] У погледу пребивалишта, италијански законодавац даље прописује да жена нема друго пребивалиште од мужевљевог,[50] да ће се законским пребивалиштем увек сматрати пребивалиште мужа, па чак и онда када она станује на неком другом месту,[51] да супруга која није законски одвојена од мужа има пребивалиште мужа и да ће га задржати док не стекне друго, када постане удовица.[52] Српско право даје могућност жени да „одбије да иде са мужем тамо где би то за њу било немогућно или штетно са гледишта њенога доброга гласа, сигурности, живота или здравља".[53] Даље, ИГЗ говори да муж има обавезу да штити своју жену, да је држи близу и да јој даје све што је неопходно за животне потребе сразмерно његовим могућностима; жена мора да допринесе издржавању мужа ако он нема довољно средстава. Даље, једино је муж овлашћен да располаже имовином током брака, а само он одговара повериоцима, може да прибира плодове и камате и да захтева повраћај новца.[54] Муж може самостално да управља стварима из заједничке имовине, али не може да располаже самостално.[55]

Међусобни односи мужа и жене и дужности у брачној заједници у СГЗ-у регулисани су на следећи начин: „оба супружника дужна су љубавно међу собом и неразделно живети, дужности брачне изврша-

које заједнице, јер би се заједница распала да није одређен центар „око кога се заједница окреће и према коме гравитира". Наиме, „када заједница брачнопородична не би имала свога центра, свога шефа, она се не би одржала, она би се распала услед тежње свакога члана заједнице за самосталним, индивидуалним животом". А положај шефа породице није дат жени јер су законик писали мушкарци. Вид. Ж. Перић, *Лично брачно право*, 63.

49 Чл. 131. ИГЗ-а, коме одговара § 110. СГЗ-а. „Супруга пак дужна је мужа свога слушати, наредбе његове набљудавати, за њим ићи и где он за добро нађе, с њиме онде живети; њему по силама својим у отправљању домаћих послова, у прибављању, а нарочито чувању имања припомагати, и кућевни ред и чистоту набљудавати, и нарочито децу намиривати, у чистоти и благонаравију садржавати и чувати". Иако део о помагању у прибављању и очувању имовине није одређен законом, говори се о томе да је жена „по потреби дужна да према својим способностима помаже мужу и својим личним радом у тековини и да приходе од тог рада уноси за подмирење брачних потреба". М. Јовичић, 8.

50 Чл. 18. ИГЗ-а.

51 A. Burri, 21.

52 Чл. 18. ст. 1 ИГЗ-а.

53 Ж. Перић, *Лично брачно право*, 65–66.

54 Чл. 1399. ИГЗ-а. Чл. 1224–1661. ИГЗ-а доступни на: Codice Civile del Regno d'Italia – dall' art. 1224 all' art.1661, *https://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_400.pdf*, приступљено 08. марта 2020.

55 Чл. 1438. ИГЗ-а.

вати, једно другом верни[56] бити, пристојно једно друго предусретати, и у сваком случају у помоћи бити",[57] што предвиђа и италијански законодавац тако што наводи да брак супружницима намеће обострану обавезу заједничког живота, верности и помоћи.[58] Израз „помоћ" се међутим не односи на финансијску помоћ, јер, како каже Станимировић, „жени (је) остављен рад у кући и брига о деци, док је муж тај који издржава своју супругу и читаву породицу", јер би за мушкарца било срамотно да га издржавају жена или њена породица.[59] „Муж је дужан да своју жену издржава, да је храни и одева у складу са својим могућностима, али и брани и заступа".[60] У случају задужења жене код других лица због кућних трошкова, муж мора према закону да исплати те дугове. Такође, дужан је да надокнади жени „све трошкове које је она учинила из својих сопствених средстава за своје и кућевне потребе".[61]

2.1.3. Родитељско право

У ИГЗ-у је прописано да дете, без обзира на године, мора да поштује родитеље, а слично решење предвиђа и СГЗ у § 120.[62] ИГЗ даље говори да је дете подложно родитељској власти до пунолетства или еманципације, али родитељи у том погледу нису изједначени. Наиме, за време брака ову власт, која је у закону названа *podestà* врши отац, а ако он то не може, онда мајка.[63] Како то каже Ана Марија Моцони (*Anna Maria Mozzoni*), при разматрању института *patria potestas* „почињу да се осећају утицаји античког света".[64] Иако је у начелу

56 Верност обухвата полну, односно телесну и духовну, односно психичку верност. Вид. Ж. Перић, *Лично брачно право*, 51.

57 § 108. СГЗ-а. Ови односи су моралне природе, иако су „моралне обавезе подигнуте на степен правних", али, у случају њиховог неиспуњења, није предвиђена директна принуда као санкција, јер се „непосредна принуда не слаже са самом природом брачне заједнице". М. Јовичић, 4–5.

58 Чл. 130. ИГЗ-а.

59 В. Станимировић, 152–153.

60 З. Мирковић, *Српска правна историја*, 148.

61 М. Јовичић, 6.

62 Чл. 220, ст. 1 ИГЗ-а: „Дете, без обзира на узраст, мора да одаје част и поштовање родитељима" („*Il figlio, qualunque sia la sua etá, deve onorare e rispettare i genitori*"). СГЗ: „Деца су дужна родитеље своје поштовати, и у свачему њима послушни бити, и противу воље њихове ништа не чинити, нити предузимати (...)". То је учињено стога што се на родитељски ауторитет гледало као на свету, на најприроднију ствар, а остале дужности деце према својим родитељима произилазе управо из дужности поштовања родитеља. Вид. F. Voltolina, 280–281.

63 Чл. 220, ст. 2–4 ИГЗ-а.

64 „*Cominciano a sentirsi le ispirazioni del mondo antico*". Anna Maria Mozzoni, *La donna in faccia al progetto del nuovo codice civile italiano*, Tipografia sociale, Milano 1865, 7.

предвиђено да ће жена вршити *patria potestas* само ако је удовица,[65] а муж није тестаментом предвидео старање о имовини и деци, судови у Краљевини су проширили ову могућност на све случајеве у којима муж не може да врши ову власт, зато што је нпр. одсутан.[66]

Српски грађански законик оба родитеља начелно сматра дужним да се старају о детету, са тим што дужности нарочито леже на оцу,[67] (што је у основи исто решење као и оно италијанско), у чему се огледа потчињеност супруге мужевљевој власти током трајања брака. Наиме, „иако се појављује у многим односима према брачној деци уз оца и поред оца – никада нема самосталан положај родитеља који врши родитељско право".[68] Са друге стране, о ванбрачној деци је дужна да се стара мајка, осим у случају њиховог позакоњења.[69] Уопште, дужности родитеља да издржавају[70] своју децу постоје све до стицања пунолетства или навршења двадесет прве године код мушкараца, односно до удаје код жена (законодавац подразумева да ће се девојке пре тог доба удати).[71] Потврда за то јесте ситуација коју предвиђа § 153. СГЗ-а који говори о ступању у однос супружничких права и обавеза малолетне девојке која се удала. Наиме, „синовима је родитељска власт престајала са пунолетством, док су девојке удајом само мењале господара, уместо родитеља власт над њима преузимали су њихови мужеви, односно њихови родитељи ако су били малолетни у моменту склапања брака".[72] У случају престанка очинске власти, „деца не долазе аутоматски под власт мајке, него им се она једино може поставити за старатеља", а мушка деца која су навршила

65 Ово правило уводи ИГЗ. Вид. Marzio Barbagli, David I. Kertzer, *Storia della famiglia italiana, 1750–1950*, Il Mulino, Bologna 1992, 147.

66 Eligio Imarisio, *Donna poi artista: identità e presenza tra Otto e Novecento*, FrancoAngeli, Milano 1996, 33–34.

67 § 115. СГЗ-а.

68 Марија Драшкић, „Усвојење и хранитељство – добра традиција српског грађанског законика?", *СГЗ – 170*, 2014, 128.

69 § 135. СГЗ-а. Позакоњена деца су ванбрачна деца која су накнадно стекла статус брачне деце. Овај институт је познат и данас у неким законодавствима (па и у италијанском), али је напуштен јер су данас брачна и ванбрачна деца правно изједначена. Институт позакоњења не познаје српско позитивно право. Germano Palmieri, *Dizionario dei termini giuridici*, Nuova edizione ampliata e aggiornata, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano 2006, 392, 393; М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 190.

70 У издржавање деце „спада прибављање средстава и подношење трошкова за исхрану деце, њихов стан и одело". М. Јовичић, 16. Вид. § 115. СГЗ-а.

71 В. Станимировић, 158. Вид. § 117. СГЗ-а.

72 В. Станимировић, 158.

четврту годину, односно женска деца која су навршила седму, поверавају се оцу, а не мајци у случајевима развода или одвојених живота супружника.[73] Он је такође заступник своје малолетне деце.[74]

Занимљиво је навести једно решење присутно у оба законика у погледу решавања ситуације у вези са истраживањем очинства: наиме, оба законика изричито прописују да није дозвољено истраживање очинства, осим у случајевима отмице[75] и силовања, када време отмице или силовања одговара времену зачећа.[76] ИГЗ предвиђа да је дозвољено истраживање материнства,[77] што је још једна одредба у којој постоји полна дискриминација.

2.1.4. Пословна способност жене у браку

Пословна способност жене је у браку веома ограничена. ИГЗ предвиђа да супруга не може поклањати непокретну имовину, располагати њоме и стављати под хипотеку и да јој се не може судити због предузимања таквих аката без одобрења њеног супруга. Од тренутка склапања брака, жена остаје власник ствари које је стекла пре

73 М. Драшкић, „Усвојење и хранитељство", 128–129.

74 § 126. СГЗ-а.

75 Отмица девојака је била „један од начина да се стигне до невесте, али су се неретко и девојке одлучивале да пркосе намери родитеља и њиховом избору, бекством од куће и добегавањем вољеном младићу". Вид. § 89. СГЗ-а, који посредно доказује учесталост овог обичаја. Иначе, ванбрачна трудноћа је међу Србима сматрана срамотом чак и онда када би настала из отмице. Супротно мишљење (када је реч о Шумадији) вид. у: Сретен Л. Поповић, *Путовање по новој Србији 1878. и 1880*, Београд 1950; Миленко С. Филиповић, *Таково*, Београд 1960. Настојало се да се „избегне свака сумња у одржавање ванбрачне сексуалне везе између будућих супружника. Брак би био одмах склопљен по православном обреду, или би невеста по отмици до венчања живела ван куће будућег супруга". В. Станимировић, 153–154; Андреја Катанчевић, „Трошкови порођаја и српски грађански законик", *СГЗ – 170*, 2014, 345.

76 Чл. 189. ИГЗ-а, коме одговара § 130. СГЗ-а (то није изворни текст чл. 130. СГЗ-а, него његова измена из 1868). ИГЗ: „Истраге о очинству нису дозвољене, осим у случајевима отмице или насилног силовања, када њихово време одговара времену зачећа" („*Le indagini sulla paternità non sono ammesse, fuorchè nei casi di ratto o di stupro violento, quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento*"). СГЗ: „Ко је отац ванбрачном детету не сме се истраживати и доказивати, осим ако је случај одвођења (§§ 188. и 189. Казненог законика), или силовања (§ 191. истог Законика), па би се време затрудњења подударало са временом одвођења или силовања, а и само на тужбу оних, којих се тиче. Тако исто не сме се ванбрачно дете на име кога другога, осим на име материно у црквене књиге увести, ван ако ко сам призна да је отац детету, и одобри да се оно на његово име у црквене књиге уведе".

77 Чл. 190. ст. 1 ИГЗ-а.

брака, али не може њима да управља.[78] Муж може дати, изричито или прећутно,[79] јавно овлашћење (*autorizzazione maritale*)[80] жени да предузима неке или све наведене послове, а може своје овлашћење и повући,[81] а неће се тражити његова сагласност када је жена законски „одвојена" од њега због његове кривице и у другим случајевима предвиђеним законом.[82] Даље, у законику је предвиђено да жене, осим оних које су преци или неудате пунородне сестре, не могу бити старатељи.[83] Акта и изјаве које треба дати у присуству државних службеника могу дати само мушкарци који су навршили двадесет једну годину и који имају пребивалиште у тој општини,[84] а не могу их давати жене.

У СГЗ-у је пословна способност жене ограничена, па се може рећи да постоји донекле слично решење, али ипак под другачијим околностима прописано. Наиме, српски законодавац прописује да жена губи пословну способност моментом склапања брака, када се она изједначава са лицима која су „ума лишена, распикуће судом проглашене и презадуженици којих је имање под стециште потпало".[85] Интересантно је навести да пословна (не)способност жене није прописана у јединственом члану, иако су разлози пословне неспособности умоболника (ментално оболелих), расипника (лица под стечајем) и пропалица у потпуности другачији од разлога због којих је удата жена пословно неспособна.[86] Овакво одређење у најбољој мери описује њен потчињен положај који са собом носи и бројне појединости као што је чињеница

78 Супружницима је ипак остављена могућност склапања брачних уговора којима би се одступало од система посебних имовина супружника који је прописан законом. S. Licini, „Donne e ricchezza: suggerimenti da una fonte fiscale (Milano, 1862–1900)", *Working papers at the Hyman P. Minsky Dep. of Economic Studies – Quaderni del Dip. di Scienze economiche Hyman P. Minsky*, 2004, 6 (доступно на: Donne e ricchezza: suggerimenti da una fonte fiscale (Milano, 1862–1900), *https://www.researchgate.net/publication/4998580_Donne_e_ricchezza_suggerimenti_da_una_fonte_fiscale_Milano_1862–1900*, приступљено 10. септембра 2020);.

79 F. Voltolina, 184.

80 *Autorizzazione maritale* је иначе институт који није био предвиђен у изворном тексту законика који је написао Пизанели (*Pisanelli*) 1863, већ га је накнадно додао нови министар Вака (*Vacca*) који га је сматрао „залогом породичног мира и хармоније између супружника". Укинут је тек 1919. Вид. L. Garlati, 41–42; G. Galeotti, 163. и даље; R. Pasquili, 225.

81 Чл. 134. ИГЗ-а.

82 Чл. 135. ИГЗ-а.

83 Чл. 268, ст. 1 ИГЗ-а.

84 Чл. 351. ИГЗ-а.

85 § 920. СГЗ-а.

86 М. Драшкић, „Усвојење и хранитељство", 129.

да „без мужевљеве сагласности не може да склапа правне послове,[87] да буде одређена за старатеља[88] нити је била равноправни члан породичне задруге",[89] што нас наводи на закључак да је, у овом погледу, њен положај прилично изједначен у оба законика. Како каже Станимировић, законодавац је „од удатих жена начинио пуке послушнике[90] осакативши им пословну способност".[91] Штавише, њен положај је гори од положаја малолетника између седме и петнаесте године, јер њима није потребно одобрење оца или старатеља да би примили поклоне, док је жени потребна сагласност мужа чак и у том случају, а они могу бити и пуномоћници без ичијег одобрења, док је жени потребно одобрење мужа.[92]

2.2. Поређење правног положаја жене у погледу наслеђивања

2.2.1. Законско наслеђивање

Законско наслеђивање јесте област у којој су лако уочљиве разлике и у једном и у другом законику у односу на њихове узоре. Крупне разлике се поготово могу приметити између СГЗ-а и АГЗ-а, због чега Сима Аврамовић доводи у питање владајуће мишљење да је СГЗ копија АГЗ-а.[93] И законско наслеђивање у ИГЗ-у се разликује од свог узора јер је предвиђено за сроднике до десетог степена, а не дванаестог као у Француском грађанском законику.[94]

Иако је СГЗ преузео парентеларни систем из АГЗ-а, правила нису преузета у целини, што је довело до стварања једног прилично компликованог система законског наслеђивања.[95] Оно је уређено по прин-

87 Као и у италијанском праву, муж даје одобрење за послове које предузима жена. У случају да нема пристанка мужа, посао није пуноважан и не обавезује жену, која се може позивати на неважност тог посла. Наравно, одобрење се може дати и накнадно. М. Јовичић, 11.

88 Штавише, може бити старатељ само у случају да је мајка. Вид. В. Станимировић, 157.

89 З. Мирковић, *Српска правна историја*, 149–150.

90 Женина дужност слушања, међутим, није апсолутна и има одређене границе, које се тичу „духовне индивидуалности и независности женине". Примера ради, жена има право да има другу веру од мужевљеве, али само након закључења брака, јер се иначе брак не може ни склопити. Вид. Ж. Перић, *Лично брачно право*, 69. и даље.

91 В. Станимировић, 156.

92 М. Јовичић, 11; Ж. Перић, *Лично брачно право*, 82.

93 С. Аврамовић, „Српски грађански законик", 16. и даље.

94 K. Reid, M. J. De Waal, R. Zimmermann, 73.

95 Л. Марковић, *Наследно право*, Београд 1930, 77. Неке од разлика у односу на АГЗ види у: С. Аврамовић, „Српски грађански законик", 13–46.

ципу да само мушки потомци оставиоца у оквиру првог наследног реда могу бити његови наследници, који добијају подједнаке делове, док „женској деци припада у овом случају само уживање, издржавање, снабдевање и пристојно удомљење по постојећем обичају".[96] У случају да оставилац има само женску децу, онда она наслеђују заоставштину такође на једнаке делове, уз могућност примене права представљања.[97] „Овакав однос према женама као могућим законским наследницама законодавац је пресликао и на остале наследне редове".[98]

Грађански законик краљевине Италије[99] у погледу законског наслеђивања[100] предвиђа супротно решење: предвиђена једнакост наследника, независно од њиховог пола, али само у погледу „леги-

96 § 397. СГЗ-а. Треба напоменути да је Хаџић сматрао да женска деца треба да добију право на законско наслеђивање, а та решења је и унео у нацрт који је предао 1842. кнезу Александру Карађорђевићу. Додуше, разлог за овакво схватање се налази у томе што тадашњи савремени законици нису ускраћивали женама право да наследе, а не у томе што је он хтео да се њихов положај побољша. Овакво решење критикује и Димитрије Матић, који сматра да ниједан грађански законик не ускраћује ћерки право да наследи јер ограничавањем права наследства ћерки полови постају неравноправни, а тиме се нарушава природна правда. Вид. Урош Станковић, „Хиљаду осамсто четрдесет шеста – наследноправни положај женске деце по трећи пут на дневном реду", *СГЗ – 170*, 2014, 409; Димитрије Матић (прир.) *Објаснење Грађанскої законика за Књажесшво сриско* 2/1, Београд 1851, 540–544; В. Станимировић, 147.

97 § 400. СГЗ-а. Димитрије Матић је становишта да је боље решење да женска деца само наследе мањи део од дела мушкараца, односно да син може својој сестри да исплати новчану противвредност њеног дела заоставштине и тако да стекне својину на целој заоставштини. Вид. Д. Матић, 543.

98 М. Драшкић, „Усвојење и хранитељство", 129.

99 Интересантно је навести да су се одредбе о сукцесији налазиле у поглављу „О начинима стицања и преноса имовинских и других права на ствари" („*Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*"), што је било лоше решење јер сукцесија не значи увек пренос, па је то промењено приликом доношења Грађанског законика 1942. године, у коме је поглавље о сукцесији лоцирано одмах иза оног о „људима и породици" („*Delle persone e della famiglia*"), са којим сукцесија има већу везу него што има са облигацијама. Са друге стране, одредбе о тестаменталном наслеђивању се у СГЗ-у налазе у више глава, а у оквиру одредби о наслеђивању се налазе и норме којима се уређују односи у задрузи. С. Аврамовић, „Српски грађански законик", 25; W. D'Avanzo, „Successione", *Enciclopedia Italiana – II Appendice*, XXXII, Treccani, 1949, 923 (доступно на: Successione, *http://www.treccani.it/enciclopedia/successione_res-f38e76cd-87e6–11dc-8e9d-0016357eee51_%28Enciclopedia-Italiana%29/*, приступљено 26. априла 2020).

100 Изричито је прописано да се правила о законском наслеђивању примењују уколико недостаје тестамент или уколико се тестаментом располаже само делом заоставштине (чл. 720. ст. 2 ИГЗ-а). Чл. 366–765. ИГЗ-а доступни на: Codice Civile del Regno d'Italia – dall' art. 366 all' art. 765, *https://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_200.pdf*, приступљено 17. априла 2020.

тимне квоте",[101] која износи једну половину заоставштине. То значи да је ипак могуће привилеговати неког наследника располагањем остатком заоставштине тестаментом.[102] Наиме, предвиђено је да могу да наследе сви, осим оних којима је законом изричито забрањено да наслеђују,[103] (нпр. особе које су намерно убиле или покушале да убију оставиоца, они који су принудили тестатора да сачини или промени тестамент итд),[104] међу којима нису наведене жене. Овде се не јавља дискриминација на основу пола, већ се разликовање наследника врши независно од пола између брачне[105] и ванбрачне деце,[106] што се може видети из члана 806. у коме се говори да се одредбе о наслеђивању у којима се спомињу деца односе само на брачну децу, „позакоњену децу",[107] усвојену децу и њихове потомке.[108]

2.2.2. Тестаментално наслеђивање

У погледу тестаменталног наслеђивања, за разлику од законског, постоје велике сличности. Наиме, и према ИГЗ-у и према СГЗ-у жене могу, као и мушкарци, сачинити тестамент,[109] али, такође, не могу

---

101 „Легитимна квота" („*porzione legittima*") је назив који италијански законодавац користи за онај део заоставштине којим не може да се располаже у тестаменту, који мора да припадне деци (чл. 805. ИГЗ-а; чл. 767–1223. ИГЗ-а доступни на: Codice Civile del Regno d'Italia – dall' art. 767 all' art. 1223, *https://www.notaiobusani.it/download/docs/CC1865_300.pdf*, приступљено 18. априла 2020). Тај термин одговара српском термину „нужни наследни део" (Закон о наслеђивању – *Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015, чл. 40, ст. 1: „Нужним наследницима припада део заоставштине којим оставилац није могао располагати и који се назива нужним делом").

102 Laura Marchesano, „Alla ricerca di una moglie. Celibato rurale e migrazioni matrimoniali", *Storicamente* 6 nr. articolo 5, 2010 (доступно на: Laura Marchesano, Alla ricerca di una moglie. Celibato rurale e migrazioni matrimoniali, *https://storicamente.org/marchesano_immigrazione_matrimoniale*, приступљено 11. októбра 2020); S. Licini, „Women, wealth and finance", 5.

103 Чл. 723. ИГЗ-а. Вид. F. Voltolina, 882–885.

104 Вид. чл. 724–725. ИГЗ-а.

105 Брачна деца су у законику названа „природном децом" („*figli naturali*").

106 Вид. ИГЗ, чл. 743–752, који посебно регулишу положај ванбрачне деце у законском наслеђивању.

107 „*Legittimati*". Вид. G. Palmieri, 392, 393.

108 Чл. 806. ИГЗ-а.

109 Чл. 762–763. ИГЗ-а, односно §§ 426–428. СГЗ-а. Чл. 762. ИГЗ-а: „Сви који законом нису проглашени неспособним могу располагати тестаментом" („*Possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge*"). Чл. 763. ИГЗ-а: „Нису у могућности да тестирају: 1. Они који нису навршили осамнаест година; 2. Они који су лишени пословне способности због болести ума; 3. Они који нису били ментално здрави у тренутку састављања тестамента, иако нису лишени пословне способности (...)" („*Sono incapaci di testare: 1.° Coloro che*

ни у једном ни у другом бити сведоци при састављању тестамента. СГЗ наводи изузетак када је то ипак могуће у случају крајње нужде, за које наводи пример опасности потопљења и бродолома, али и места где влада куга или нека друга зараза.[110] ИГЗ предвиђа и да жене могу и наследити на основу тестамента,[111] по истом принципу по којем га могу сачинити и наследити на основу законског наслеђивања. То, међутим, није изричито прописано, већ је реч о томе да могу наследити сви осим оних који су законом проглашени неспособним за наслеђивање, међу којима нису наведене жене.[112] Као и код законског наслеђивања, дискриминација постоји у односу на ванбрачну децу.[113]

3. ПОЛОЖАЈ ЖЕНЕ У ПОРОДИЧНОЈ ЗАДРУЗИ У СРПСКОМ ПРАВУ У ОПШТИМ ЦРТАМА

Српски грађански законик предвиђа институт породичне задруге који није садржан у италијанској кодификацији.[114] Овај инсти-

non hanno compiuto l'età di diciotto anni; 2.° Gli interdetti per infermità di mente; 3.° Quelli che, quantunque non interdetti si provin on essere sani di mente nel tempo in cui fecero testamento (...)"). § 426. СГЗ-а: „Ко нема свога сопственога имања, или нема власти с њим располагати, не може ни тестамента снажна начинити, и ако начини, не вреди ништа". § 427. СГЗ-а: „Којигод разума и воље нема, тај ни последње воље имати не може. Дакле, који нису при свести; као: згранути, бесомучни, луди, распикуће судски за такве проглашене, младолетни млађи од 15 година, не могу правити завештања, и ако начине нема силе ни важности". § 428. СГЗ-а: „Сва остала лица, била мушка била женска, могу правити тестаменат, и биће снажан, ако је иначе у свом реду, и по пропису начињен, да закону достоверност има". Интересантно је навести да српски законодавац изричито наводи у § 428. да женска лица могу наслеђивати на основу тестамента, док италијански законодавац користи уопштено реч „сви".

110 Чл. 788. ИГЗ-а, коме одговара § 446. СГЗ-а. ИГЗ: „Сведоци у тестаментима морају бити мушкарци, старији од двадесет и једне године, држављани краљевине или странци који у њему бораве и који нису осудом изгубили уживање или вршење грађанских права" („*I testimoni nei testamenti devono essere maschi, maggiori di anni ventuno, cittadini del regno, o stranieri in esso residenti, e non aver perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili...*") СГЗ: „Ни жене, ни момци млађи од 17 година, као ни монаси да се не узимају за сведоке, осим особите нужде, нпр. на бродовима, где је опасност потопљења, или на месту где куга мори или друга зараза влада". Иако ова два члана имају исти смисао, може се још једном приметити разлика у формулацији: док италијански законодавац говори о томе да само мушкарци могу бити сведоци тестамента, српски изричито искључује жене и мушкарце који нису навршили седамнаесту годину.

111 Чл. 764. ИГЗ-а.

112 Вид. чл. 764–773. ИГЗ-а.

113 Вид. чл. 767. ИГЗ-а.

114 С једне стране, сама ова чињеница представља битну разлику између законика. С друге, због тога што није могуће поредити норме оба законика услед непо-

тут, познат српском обичајном праву, увео је СГЗ,[115] јер, како каже Никола Павковић, „све до појаве Србијанског грађанског законика, у српским земљама које су биле под турском влашћу није било писаних закона о породичној задрузи".[116] Да би задруга (кућа или кућа задружна)[117] настала, захтевају се три услова: крвно (или грађанско) сродство, заједница имања и заједница живота и рада.[118]

Што се тиче вршења власти унутар задруге, њу врше задружни савет,[119] старешина и старешица. Старешина је, по правилу, најстарији члан задруге, а има, пре свега, управну власт, односно сви његови управни акти (нпр. распоређивање задружних послова) су пуноважни и обавезују задругу, али је и старатељ малолетних и пословно неспособних задругара.[120] Иако оваква позиција старешине подсећа на *patria potestas*, разлике су велике, јер је старешина породице само први међу једнакима, те не може да разбаштини синове или да самостално располаже породичним имањем, а остали задругари имају право да се жале уколико је предузета нека од ових радњи.[121] Старешица је једина жена која има одређену власт у задрузи, која додуше није правна, већ фактичка власт над женским особљем у задрузи.[122]

стојања овог института, сматрамо да не треба исцрпно говорити о положају жене у породичној задрузи, већ само у основним цртама.

115 То је још једна разлика између СГЗ-а и ABGB. Вид. S. Avramović, „The Serbian Civil Code", 441 и даље.

116 Никола Ф. Павковић, „Породична задруга у Српском грађанском законику", Миодраг Јовичић (ур.), *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844–1994), Зборник радова са научног скупа одржаног 23. и 24. маја 1994*, 1996, 329. Додуше, било је више указа о забрани поделе задруга, почев од Првог српског устанка до 1839.

117 Од времена Вука Караџића се користи термин задруга. З. Мирковић, *Српска правна историја*, 150.

118 § 57. СГЗ-а: „Под задругом или задружном кућом разумева се више лица пунолетних, самих или са својим потомством у заједнини живећих. Они су у одношају међусобном задружни. Где таква заједнинскога живота нема, зову се инокосни." § 507. СГЗ-а: „Задруга је онде, где је смеса заједничког живота и имања свезом сродства или усвојењем по природи основана и утврђена. Задруга зове се и кућа или кућа задружна за разлику од инокосне." Вид. Н. Павковић, 330; З. Мирковић, *Српска правна историја*, 150.

119 Задружни савет се састоји од свих пунолетних задругара, односно од малолетних уколико су ожењени или еманциповани. Био је надлежан за све послове располагања, односно друге послове који су излазили ван оквира власти старешине. З. Мирковић, *Српска правна историја*, 151.

120 *Ibid*.

121 *Ibid*; Н. Павковић, 333.

122 З. Мирковић, *Српска правна историја*, 151.

Што се тиче других женских особа, оне се не сматрају задругарима, јер би било противно народним обичајима да жена и мушкарац буду у једнаком положају. Жене су дужне да се баве ситним пословима, женским пословима као што је кухињски рад, спремање хране за мушкарце како би они могли да одржавају задругу. „Жене нису стубови задруге, већ су оне један од чинилаца које те стубове помажу. Зато се оне не могу ни равнати са тим стубовима", већ оне имају само право на издржавање, да се удају и да буду одбрањене од лица која нису у задрузи.[123] У случају преудаје, оне задржавају свој мираз.[124]

Након смрти мужа, жена остаје у задрузи и припада јој право уживања на делу свог мужа у задрузи, мада је и она свакако дужна „припомагати".[125] Перић говори да њој свакако није ни потребан удео у заоставштини, јер ће њу издржавати задруга у којој се налази док се не уда, а кад се уда онда ће је издржавати муж.[126] Слично као и у инокосним породицама, и овде ћерка може да наследи само уколико њен умрли отац у задрузи не остави иза себе мушку децу.[127] Тада се најмлађој сестри доводи муж у кућу.[128]

Чињеница постојања задруге у СГЗ-у, односно непостојања исте у ИГЗ-у указује на разлику у друштвеном контексту између тадашње Србије и Италије. У поређењу са италијанским, српско је више друштво сељака, уз мали проценат градског становништва, те некретнине представљају битан извора стицања. Због тога, законик ограничава могућност да се имање смањује услед наслеђивања, јер се и сама задруга тешко одриче земље. Облици сеоске породице који су слични задругама се могу пронаћи и у земљорадничким деловима Италије,[129] али они нису споменути у законику јер сељаштво није утицало на писање ИГЗ-а.

123 Ж. Перић, *Задружно право по Грађанском законику Краљевине Србије*, Део први, Београд 1924, 29.

124 Вид. § 524. СГЗ-а. Интересантно је навести решење из нацрта будућег српског грађанског законика, сачињеног на основу ФГЗ-а – у случају развода брака жениним кривицом, муж задржава цео мираз изузев једног пара хаљина. Вид. Гордана Дракић, Урош Станковић, „Нови подаци о првим покушајима кодификације грађанског права у Кнежевини Србији", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2020, Нови Сад 2020, 147.

125 § 523. СГЗ-а. Према законодавном тумачењу од 28. јула 1849. Бр. 1147, прецизирано је да жена свакако нема право да наследи свог умрлог мужа, већ само да ужива његов део до смрти, односно преудаје. Вид. друга тумачења и одлуке различитих судова о овој норми у: И. Петковић, 226.

126 Ж. Перић, *Задружно право*, 29–30.

127 § 529. СГЗ-а.

128 Н. Павковић, 333.

129 О земљорадницима вид. нпр. Lucy Riall, „Il sud e i conflitti sociali", Giovanni Sabbatucci e Vittorio Vidotto (eds), *L'Unificazione nazionale,* 2011, 129 и даље.

4. ЗАКЉУЧАК

Када се размотре све анализиране одредбе, може се поставити следеће питање: у ком законику је положај жене у браку и наслеђивању био бољи?

При анализи законика се могу наћи решења која су слична, као што су пословна способност жене у браку, односи родитеља и односи родитеља са децом, и уопште већина анализираних норми.

Ипак, има и случајева када један законик регулише различита питања у односу на други. То је случај са нормама које регулишу склапање брака. Наиме, док се у италијанском законику исцрпно регулише утицај брака на држављанство, српски забрањује брак са нехришћанином. Такође, то је случај и са нормама о задрузи у СГЗ-у, док у ИГЗ-у задруга не постоји. Не сматрамо да је једно решење боље од другог, већ ова чињеница само указује на то да се питање положаја жене, као што је већ напоменуто, мора посматрати у складу са другим околностима у одређеној држави у одређеном периоду. Ове разлике посебно указују и на чињеницу да је друштво у посматраним државама конципирано на различит начин, односно да се у СГЗ-у може приметити много већи утицај сељака у односу на ИГЗ.

Примећује се већи број мањих разлика у нормама (нпр. без пристанка родитеља се према ИГЗ-у може склопити брак тек након навршења двадесет пете године за мушкарце, а двадесет прве за жене, односно осамнаесте за оба пола према СГЗ-у). Међутим, чини нам се да се већина разлика може занемарити, јер су већим делом незнатне.

Чини нам се да је правилно закључити да постоје две анализиране категорије норми које су на безусловно бољи начин регулисане у једном законику. То је случај, пре свега, са законским наслеђивањем. Наиме, док је у ИГЗ-у признато једнако право наслеђивања мушкој и женској брачној деци, СГЗ прави велику полну дискриминацију. Због тога нам се чини да је најбоље закључити да су норме у вези са законским наслеђивањем боље прописане у ИГЗ-у. Са друге стране, треба посматрати и чињеницу да је ИГЗ донет двадесет једну годину након СГЗ-а, што указује на чињеницу да је оправдано очекивати и неке норме које су, према нашем мишљењу, боље у односу на српски. Међутим, СГЗ код развода брака код прељубе не прецизира да је могућ само због женине прељубе, што је свакако боље решење у односу на италијанско које врши полну дискриминацију у случају тражења сепарације.

Коначно, последња велика разлика међу законицима за коју сматрамо да заврeђује посебан помен јесте чињеница да положај

жене у породичној заједници у СГЗ-у није регулисан једнообразно, док свакако то јесте случај са ИГЗ-ом. Наиме, у зависности од тога да ли се жена налази у задружној породици или не, њен положај се мења. Сматрамо да она ужива више права ван задруге, јер је у њој свака жена потпуно обесправљена, осим старешице, која додуше врши само фактичку власт над другим женама. Са друге стране, породична заједница која није задружна омогућава жени ипак стицање неких права, иако су она веома ограничена. Примера ради, она може стећи имовину у виду поклоњене ствари уколико добије сагласност мужа, што свакако не може у задрузи јер се не сматра чланом исте. Са друге стране, ИГЗ садржи једнообразно решење у погледу регулисања породичних односа жене у браку, јер задруга није позната овом законику.

Као што је то врло често случај, чини нам се да је тешко одговорити да је један законик неспорно бољи од другог. Сматрамо да законици регулишу централно питање рада на релативно сличан начин и да они одговарају духу свог времена, што наравно не значи да су напредни у погледу теме положаја жене.

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

Закон о наслеђивању – *Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015;

Codice civile del Regno d'Italia, Stamperia Reale, Torino 1865 (доступно на *https://www.notaio-busani.it/it-IT/codice-civile-1865.aspx*, приступљено 18. априла 2020);

Felice Voltolina, *Commento al codice civile del regno d'Italia 25 giugno 1865 colle relative leggi romane, colle opinioni e dottrine de' piu celebri scrittori di diritto e di legislazione, colle indicazioni delle leggi napoleoniche ed austriache nonche delle patrie sparse in altri codici Felice Voltolina*, Tipografia Municipale di Gaetano Longo, Venezia 1873;

Лазар Марковић (прир.), *Грађански законик Краљевине Србије са кратким објашњењима*, Друго издање, Издавачка књижара Геце Кона, Београд 1921;

Димитрије Матић (прир.), *Објаснење Грађанског законика за Књажество србско* 2/1, Београд 1851.

Иван Д. Петковић (прир.), *Грађански законик за Краљевину Србију – Објашњен одлукама Касационог суда у Београду*, Београд 1939.

ЛИТЕРАТУРА:

Fente successorale: qu'est-ce que c'est?, *https://www.capital.fr/votre-argent/fente-successorale-1343470*, приступљено 30. oktobra 2020;

Сима Аврамовић, „Српски грађански законик (1844) и правни трансплanти – копија аустријског узора или више од тога?", Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић, (ур.), *Срӣски īрађански законик – 170 īодина*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање 2014, 13–46;

Sima Avramović, „The Serbian Civil Code of 1844: A Battleground of Legal Traditions", Thomas Simon, Gerd Bender und Jani Kirov (Hrsg.), *Konflikt und Koexistenz Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20. Jahrhundert, Band II: Serbien, Bosnien-Herzegowina, Albanien*, 2017, 380–482;

Marzio Barbagli, David I. Kertzer, *Storia della famiglia italiana, 1750–1950*, Il Mulino, Bologna 1992;

Ана Божић, *Положај жене у ӣриваӣном ӣраву: кроз исӣорију до данас*, Београд 1939;

Elise Boulding, *The Underside of History: A View of Women Through Time*, Westview Press, Boulder 1977;

Angiolo Burri, *Dei diritti delle donne secondo il Codice Civile del Regno d'Italia*, Tip. Salani, Firenze 1869;

Giulia Galeotti, „L'autorizzazione maritale nel primo codice civile unitario: un istituto „estraneo" alla tradizione italiana?", *Dimensioni e problemi della ricerca storica* 2/2005, 155–182;

W. D'Avanzo, „Successione", *Enciclopedia Italiana – II Appendice, XXXII*, Treccani, 1949, 923 (доступно на: Successione, *http://www.treccani.it/enciclopedia/successione_res-f38e76cd-87e6–11dc-8e9d-0016357eee51_%28Enciclopedia-Italiana%29/*, приступљено 26. априла 2020);

Наташа Делић, „Кривично дело насиља у породици (члан 194. КЗС): законски појам, доктринарни ставови и судска пракса", Лепосава Крон (ур.), *Насилнички криминал: еӣиолоīија, феноменолоīија, ӣревенција*, 2010, 91–110;

Гордана Дракић, Урош Станковић, „Нови подаци о првим покушајима кодификације грађанског права у Кнежевини Србији", *Зборник радова Правноī факулӣеӣа у Новом Саду* 1/2020, 141–157;

Марија Драшкић, „Усвојење и хранитељство – добра традиција српског грађанског законика?", Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић (ур.), *Срӣски īрађански законик – 170 īодина*, 2014, 127–144;

Марија Драшкић, *Породично ӣраво и ӣрава деӣеӣа*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015;

Joshua Eastin, „Aseem Prakash, Economic Development and Gender Equality: Is There a Gender Kuznets Curve?", *World Politics* 65(1), 2013, 156–186;

Eligio Imarisio, *Donna poi artista: identità e presenza tra Otto e Novecento*, FrancoAngeli, Milano 1996;

Милош М. Јовичић, *Правни односи у породици, Лични односи међу супружницима. Родитељско право*, Београд 1935;

Андреја Катанчевић, „Трошкови порођаја и Српски грађански законик", Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић (ур.), *Српски грађански законик – 170 година*, 2014, 343–352;

Stefania Licini, „Donne e ricchezza: suggerimenti da una fonte fiscale (Milano, 1862–1900)", *Working papers at the Hyman P. Minsky Dep. of Economic Studies – Quaderni del Dip. di Scienze economiche Hyman P. Minsky*, 2004 (доступно на: Donne e ricchezza: suggerimenti da una fonte fiscale (Milano, 1862–1900), *https://www.researchgate.net/publication/4998580_Donne_e_ricchezza_suggerimenti_da_una_fonte_fiscale_Milano_1862–1900*, приступљено 10. септембра 2020);

Stefania Licini, „Women, wealth and finance (19th century Italy)", *Working papers at the Hyman P. Minsky Dep. of Economic Studies – Quaderni del Dip. di Scienze economiche Hyman P. Minsky*, 2006 (доступно на: Women, wealth and finance. (19th century Italy), *https://www.researchgate.net/publication/4923924_Women_wealth_and_finance19th_century_Italy*, приступљено 13. септембра 2020);

Лазар Марковић, *Наследно право*, Београд 1930;

Laura Marchesano, „Alla ricerca di una moglie. Celibato rurale e migrazioni matrimoniali", *Storicamente* 6 nr. articolo 5, 2010 (доступно на: Laura Marchesano, Alla ricerca di una moglie. Celibato rurale e migrazioni matrimoniali, *https://storicamente.org/marchesano_immigrazione_matrimoniale*, приступљено 11. октобра 2020);

Зоран С. Мирковић, „Уводна правила и увођење у живот Српског грађанског законика", Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић (ур.), *Српски грађански законик – 170 година*, 2014, 75–104;

Зоран С. Мирковић, *Српска правна историја*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2017;

Милован М. Митровић, Данило С. Вуковић, *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2018;

Митра Митровић, *Положај жене у савременом свету*, Народна књига, Београд 1960;

Anna Maria Mozzoni, *La donna in faccia al progetto del nuovo codice civile italiano*, Tipografia sociale, Milano 1865;

Carroll Moulton, *Ancient Greece and Rome: An Encyclopedia for Students (4 Volume Set)*, Scribner, New York 1998 (доступно на: Ancient History & Civilisation, MARRIAGE AND DIVORCE, *https://erenow.net/ancient/ancient-greece-and-rome-an-encyclopedia-for-students-4-volume-set/274.php*, приступљено 13. октобра 2020);

Никола Ф. Павковић, „Породична задруга у Српском грађанском законику", Миодраг Јовичић (ур.), *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844–1994), Зборник радова са научног скупа одржаног 23. и 24. маја 1994*, 1996, 329–336;

Марко Павловић, „Положај жене по српском грађанском законику", Миодраг Јовичић (ур.), *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844–1994), Зборник радова са научног скупа одржаног 23. и 24. маја 1994*, 1996, 207–218;

Germano Palmieri, *Dizionario dei termini giuridici*, Nuova edizione ampliata e aggiornata, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano 2006;

Raffaella Pasquili, „La famiglia nel tempo", Silvana Serafin, Marina Brollo (ed.), *Donne, politica e istituzioni: il tempo delle donne*, 2013, 221–233;

Loredana Garlati, „La famiglia tra passato e presente", Salvatore Patti, Maria Giovanna Cubeddu (ed.), *Diritto della famiglia*, 2011, 1–48;

Живојин Перић, *Задружно право по Грађанском законику Краљевине Србије*, Део први, Београд 1924;

Живојин Перић, *Лично брачно право по Српском грађанском законику*, Библиотека за правне и друштвене науке, Београд 1934;

Сретен Л. Поповић, *Путовање по новој Србији 1878. и 1880*, Београд 1950;

Kenneth Reid, Marius Johannes De Waal, Reinhard Zimmermann, *Comparative Succession Law*, *Intestate Succession*, Oxford University Press, Oxford 2015;

Lucy Riall, „Il sud e i conflitti sociali", Giovanni Sabbatucci e Vittorio Vidotto (eds), *L'Unificazione nazionale,* 2011, 129–149;

Bonnie G. Smith, *The Oxford Encyclopedia of Women in World History*, Volume 1, Oxford University Press, London 2008;

Војислав Станимировић, „Снага обичаја – породица у српском грађанском законику између старог и новог", Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић (ур.), *Српски грађански законик – 170 година*, 2014, 145–166;

Урош Станковић, „Хиљаду осамсто четрдесет шеста – наследноправни положај женске деце по трећи пут на дневном реду", *Српски грађански законик – 170 година*, Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић (ур.), 2014, 407–416;

Миленко С. Филиповић*,* *Таково*, Београд 1960;

Eva Cantarella, *L'ambiguo malanno: condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Feltrinelli Editore, Milano 2010;

Linda L. Clark, Linda Loeb Clark, *Women and Achievement in Nineteenth-Century Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2008;

Фердо Чулиновић, *Жена у нашем кривичном праву*, Глобус, Београд 1934.

Andrej CONFALONIERI*

COMPARISON OF THE LEGAL POSITION OF WOMEN IN MARRIAGE AND SUCCESSION IN THE SERBIAN CIVIL CODE OF 1844 AND THE CIVIL CODE OF THE KINGDOM OF ITALY OF 1865

Summary

This paper deals with a comparative analysis of the legal position of women in the Serbian (1844, hereinafter SCC) and Italian (1865, hereinafter ICC) Civil Codes, considering the norms that regulate the position of women in marriage and those regarding inheritance. Confronting these two codes is relevant for various reasons. Firstly, it has not been done before in Serbian jurisprudence. Secondly, although based on different models (the Italian on the French Code, the Serbian on the Austrian Code, hereinafter ACC), each of them differs in some aspects from their model in the law of marriage and inheritance. Thirdly, it's important from a historical aspect, because the Italian Kingdom had just been formed and the Serbians had relieved themselves of the centuries-long Turkish government, so there's a similarity in the process of writing the codes. Although the writing styles of the codes are unalike, there are certain similarities in the provisions on marriage, the relationship between spouses, the relationship between spouses and children, and in terms of testamentary succession. For example, both codes give more rights to the husband (being the „head of the family"), and while the wife can write a will, she is not allowed to be a legal witness to another person's will. There are several differences between the two codes, but most of them are negligible. For instance, both codes prescribe a parent's permission for marriage, while the marriageable age that doesn't require consent differs (i the ICC 25 years old for men and 21 for women, whereas in Serbia it's 18 years old for both men and women). However, a few differences are relevant. The biggest one is the way in which intestate succession is regulated: the right to inherit is recognized to legitimate children regardless of gender in the Italian code, while in the Serbian code women are excluded from inheritance, which is one of the major differences between the SCC and ACC. In fact, when writing the code, Hadžić didn't want this provision incorporated in the law, but it was added nevertheless. The second biggest difference between the ICC and the SCC consists in the fact that adultery is considered a reason for legal separation (and not divorce, because divorce was not allowed) in the ICC only if it is committed by the wife, while in the Serbian one the sex of the adulterer is not specified and can lead to divorce even if it's done by the husband. Finally, the Serbian legislator

* The author is a third-year student at the University of Belgrade Faculty of Law, andrej.confalonieri@gmail.com

also regulates the position of women in the „zadruga" (a type of joint family), in which women cannot be members, nor can they inherit, while that institute is not prescribed in the Italian one.

Key words: *Legal position of women. – Serbian Civil Code. – Civil Code of the Kingdom of Italy. – Marriage. – Intestate succession.*

Рад приспео / Paper received: 22.10.2020.
Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 29.12.2020.

UDC 347.634-055.2(436)"18/19"

CERIF: S130, H240, H300

DOI: 10.51204/HLH_20206A

Magistra iuris Sarah STUTZENSTEIN*

A STEP TOWARDS EQUALITY? THE ADMISSION OF WOMEN TO GUARDIANSHIP IN THE AUSTRIAN CIVIL LAW IN 1914

According to the Austrian Civil Code (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch = ABGB) from 1811, there were almost no possibilities for a woman to obtain guardianship of a child. Instead, the married father possessed paternal authority (patria potestas), which included the sole guardianship of his legitimate children. If the father was unable to exercise paternal authority, the courts had to appoint a guardian for his minor children. Based on the assumption that the female gender lacked the necessary abilities, women were generally excluded from guardianship. Only at the end of the 19th century did the women's movement start to mobilize against the frequent exclusion of women from the guardianship of their own children. Moreover, the drastic neglection of the young made legal reforms ever more urgent. The legal possibilities open to women for taking over guardianship of a minor were first extended with the legislative amendment to the ABGB in 1914 (1. Teilnovelle 1914). This paper will focus on the causes for the extension of legal possibilities of women concerning guardianship due to the first legislative amendment.

Key words: *Austrian Civil Code 1811. – Paternal/maternal/parental authority. – Guardianship for minors. – First legislative amendment 1914. – Women's rights movement.*

* The author is a researcher and lecturer at the University of Vienna, Faculty of Law, Department of Legal and Constitutional History and currently working on her PhD thesis, sarah.stutzenstein@univie.ac.at.

This paper has been presented at the conference „Iustoria 2020: Law Codes and Women".

1. INTRODUCTION

Nowadays, neither the Austrian legislation nor the legal science or the jurisdiction doubt that women are at least as capable as men to exercise the custody of a child.[1] However, this was not always the case. The Austrian Civil Code from 1811 (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch = ABGB) gave a woman almost no possibility to receive the guardianship of a child. Instead, it stipulated paternal authority (*patria potestas*), which granted the father the sole guardianship of his legitimate children.[2] If the father died or was unable to exercise his paternal authority for some other reason, the paternal authority did not pass automatically to the mother. In this case the courts had to appoint a guardian for the minor children. Women were almost completely excluded from guardianship. An exception only existed for married mothers and paternal grandmothers of legitimate children. Nevertheless, if they became the guardian of a child, the courts always had to appoint another male guardian, who had to support and control the female one.[3]

Over illegitimate children, the father possessed no paternal authority. According to the Austrian Civil Code, illegitimate children belonged neither to the paternal, nor to the maternal family. They had no legal representative by law. Instead, the courts always had to appoint a guardian for them immediately after their birth had been registered. Although the unmarried mother was mainly responsible for her child's upbringing, the Austrian Civil Code excluded her from the guardianship of her illegitimate child.[4]

The first improvements in the legal status of women concerning guardianship took place about a hundred years after the Austrian Civil Code had come into effect with the first legislative amendment to the ABGB in 1914 (1. Teilnovelle 1914). The legislative change made it easier for the widow to demand guardianship over her own legitimate children. It also abolished the absolute exclusion of other women, apart from the married mother and the paternal grandmother, from guardianship.[5]

1 The mother has the sole custody for an illegitimate child; Astrid Deixler-Hübner, „§ 177", Andreas Kletečka, Martin Schauer (eds.), *ABGB-ON*, https://rdb.manz.at/document/1101_abgb_p166?execution=e1s5&highlight=obsorge+uneheliche+kinder, last visited 14 March 2020; in child custody disputes the courts tend to grant the custody to the mother; Sorgerecht Vater: Wie sieht die rechtliche Situation für Väter in Österreich aus? *https://www.scheidungsinfo.at/sorgerecht-vater-wie-sieht-die-rechtliche-situation-fuer-vaeter-in-oesterreich-aus/*, last visited 14 March 2020.

2 § 189 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, *Justizgesetzessammlung*, No. 946/1811.

3 § 187 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, *Justizgesetzessammlung*, No. 946/1811.

4 § 192 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, *Justizgesetzessammlung*, No. 946/1811.

5 Kaiserliche Verordnung vom 12. Oktober 1914 über eine Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, *Reichsgesetzblatt*, No. 276/1914.

The following paper focuses on the motivations of the legislation for the legal changes in the area of guardianship through the first legislative amendment to the ABGB by using research literature and primary sources. Firstly, it reviews the legal provisions of the Austrian Civil Code from 1811 and the causes for the large exclusion of women from guardianship. With regard to the changing family structures and social rules, the legislative change in 1914 and its causes will be examined. The efforts and proposals of the Austrian women's rights movement concerning a change of the rules on guardianship will be taken into account.[6] The essay also considers the influences of international developments on the Austrian legislation in the field of guardianship. The provisions of the first legislative amendment concerning guardianship and the reactions of legal scholars and women's associations will be closely examined to show the still existing prejudices against female guardianship.

2. PARENTAL RIGHTS AND OBLIGATIONS IN THE AUSTRIAN CIVIL CODE FROM 1811

The Austrian Civil Code's rules on guardianship constituted a major step backwards in the emancipation of women in Austria. According to former regional laws, primarily the mother received the guardianship of her children, if the father was unable to exercise paternal authorithy, especially, if he had died. Sometimes even other female relatives, especially the older sister, were able to receive the guardianship.[7] However, during the legislative work, the status of women in guardianship law was more and more restricted.[8] It was no longer considered entrusting women other

6 Concerning the demands of the women's associations see also Ellinor Forster, „The Construction of 'Male Capability' and 'Female Inability' to assume Guardianship of Children in the Austrian 'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch' (ABGB) in the 19th Century", Grethe Jacobsen, Helle Vogt, Inger Dübek, Heide Wunder (eds.), Less favoured – more favoured. Proceedings from a Conference on Gender in European Legal History. 12.– 19. Century, September 2004, Kopenhagen 2005, [Online-Publikation: http://www.kb.dk/da/nb/publikationer/fundogforskning-online/less_more/]; Elisabeth Frysak, *Legale Kämpfe: Der Einsatz des Petitionsrechtes als politische Strategie der österreichischen bürgerlichen Frauenvereine*, Diplomarbeit Universität Wien 2000; Elisabeth Frysak, „Legale Kämpfe: Die petitionsrechtlichen Forderungen der österreichischen bürgerlichen Frauenbewegung zur Änderung des Ehe– und Familienrechts um die Jahrhundertwende", *L'Homme* 14/2003, 65–82.

7 E. Forster, 2–3; Philipp Harras Harrakowsky, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. Entwurf Hortens* I, Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, Wien 1886, 178; Reinhild Schlüter, *Das Vormundschaftsrecht in den Kodifikationen der Aufklärungszeit*, Rhöndorf 1960, 173.

8 In detail cf. Elisabeth Roczek, *Geschichte der Vormundschaft und Pflegschaft seit dem Codex Theresianus*, Wien 1943.

than mothers and grandmothers with the guardianship.[9] One of the main arguments for the exclusion of women from guardianship was that they were particularly unsuitable for the ward's representation before the courts and thus unsuitable for one of the most important tasks of a guardian.[10]

The Austrian Civil Code from 1811 was rooted in the bourgeois paternalism. The female gender was subordinate to the male one. This was justified with the assumption that men and women had different personalities by nature. The drafters of the ABGB assumed that the male gender was both physically and intellectually superior to the female one. Therefore, men were considered as destined to rule over women as the weaker gender and to protect them. Women were regarded as more emotional, suitable to manage the household and to raise children, but in the need of somebody who made the important decisions for them. The presumed intellectual limitations of women and the far greater ability of the male gender provided the justification for the disadvantage of women in the family law of the ABGB.[11]

The distribution of the parental rights and duties followed these gender stereotypes.[12] Thereby, the rights and obligations between the parents and their children depended significantly on the marital status of the parents. Like virtually all other legal systems, the Austrian Civil Code distinguished between legitimate children, recognised as full members of the family, and illegitimate children or „bastards", the latter being mainly disadvantaged.[13] Illegitimate children were in general excluded from the rights of the family. They had no legal entitlement to the family name of the father nor to a title of nobility or other privileges of their parents (§ 165 ABGB). Moreover, the law disadvantaged them in the terms of upbringing, maintenance and legal representation.[14]

2.1. Legitimate children

Concerning legitimate children, the Austrian Civil Code stipulated legal rights and obligations which were incumbent upon both parents.

9 E. Foster, 4.

10 Philipp Harras Harrakowsky, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. Entwurf Martini's* II, Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, Wien 1886, 57; R. Schlüter, 173.

11 O. Lehner, 26–27; M. Moser, 106; Franz von Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch: für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* I, Geistingers Verlagshandlung, Wien – Triest 1811, 249 etc.

12 U. Floßmann, 131 etc.; O. Lehner, 27; F. Zeiller, 249 etc.

13 Stephen Cretney, *Family Law in the Twentieth Century: A History*, Oxford University Press, Oxford 2005, 545.

14 Moser, 78, 83–84.

The mother and father were entitled and obligated to raise their children. This responsibility included the care for the children's physical well-being and their mental development. Furthermore, both parents had to maintain their children and to educate them to be „decent citizens" through religious instruction (§ 139ff ABGB).[15] The responsibility for the upbringing of children included the authorization to use all necessary means to fulfil this task. The Austrian Civil Code even entitled the parents to use physical violence against their children, as long as it was not harmful to the children's health. On the other hand, the children owed their parents obedience. If the parents maintained their children, they could also use them for adequate services (§ 144f ABGB).[16]

Since the family law of the ABGB was based on the assumption that usually only the father was economically active and pursuing a job, he was primarily responsible for the maintenance of his children and his wife. Only when he was destitute did the maintenance obligation for the children pass on to the mother. On the other hand, care for the physical well-being and health of the children was primarily imposed on the „tender, more sensitive" mother (§ 141 ABGB). However, legally both parents had all these rights and obligations. Therefore, each parent could exercise or fulfil them alone without the other's involvement. In the upbringing of the child, the parents should proceed consensually (§ 144 ABGB). Nevertheless, if no agreement could be reached between the parents, the husband as the „head of the family" and (according to the legal materials) the intellectually superior spouse, had the ultimate decision-making authority (§ 91 ABGB). His wife was legally obliged to follow his instructions.[17] So, the married mother was indeed allowed to raise her children, but in doing so ultimately bound to the will of her husband.[18]

Upon a separation of the parents' domestic union, the parents were free to choose the children's place of residence and to make an agreement on which parent should mainly be responsible for the child's upbringing. If they reached no consent, the mother had the right to raise her children in their early years, because it was assumed that the care provided by the mother in the early childhood was in the best interest of the child. The

15 Staengel Walter, *Die elterliche Gewalt der Mutter im deutschen Rechtskreis seit 1794. Ein Beitrag zur Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau und Mutter*, PAUL JLLG Photo-Offsetdruck Stuttgart, Stuttgart – Bad Cannstatt 1966.

16 § 144f Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, *Justizgesetzessammlung*, No. 946/1811; W. Staengel 1966, 94.

17 F. Zeiller, 249, 329–330; W. Staengel, 102.

18 Monika Strobel, "Der Beginn eines langen Weges zu gleichen Elternrechten. Der Custody of Infants Act 1839", Stephan Meder, Christoph-Eric Mecke, *Reformforderungen zum Familienrecht international. Westeuropa und die USA (1830–1914)* I, Böhlau 2015, 434–460 (452).

mother lost this legal entitlement only when „important reasons coming to light, especially from the causes of the separation or the dissolution of the marriage, demand another disposition."[19] When male children reached the age of four, and female children the age of seven, the courts had to decide which parent was mainly responsible for the child's upbringing, in the case of a disagreement between the parents. Either way, the father was primarily responsible for the child's maintenance (§ 142 ABGB).[20]

In addition to these shared parental responsibilities, the ABGB also stated tasks which required greater intellectual skills. They were summarized under the term paternal authority (§ 147 ABGB) and entrusted to the father alone.[21] Therefore, the legal representation of legitimate children, the management of their property and also the right to make important decisions for them (for example the choice of their vocation or profession) were solely in the hands of the father.[22] The paternal authority generally ended when the children reached majority at the age of twenty-four (§ 172 ABGB). Even if the father was unable to exercise his paternal authority, these responsibilities did not pass to the mother. Instead, the court had to appoint a guardian for the minor children.[23]

2.2. Illegitimate children

The parental responsibilities for illegitimate children were distributed differently. Since the authors of the Austrian Civil Code assumed that the mother loved an illegitimate child more than the father, she had the sole right to raise it, as long as she was willing and able to do so (§ 168 ABGB).[24] Nevertheless, if proved, the child's father was not completely without duties. He was legally required to monitor the upbringing by the mother. If the mother endangered the child's well-being, for example through an immoral lifestyle or a neglect of care, the father had to separate the child from the mother and either organise a decent upbringing or otherwise raise the child himself (§ 169 ABGB). Furthermore, if the father wanted the child to be trained in a profession for which „the education and training of a man is usually required", he could also educate the child in his home.[25] On the other hand, the father was considered as the economically stronger parent. Therefore, he was primarily responsible for the mainte-

19 § 142 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, *Justizgesetzessammlung*, No. 946/1811.

20 M. Strobel, 453.

21 M. Moser, 65; F. Zeiller, 249 etc.

22 M. Moser, 65.

23 § 187 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, *Justizgesetzessammlung*, No. 946/1811.

24 F. Zeiller, 574.

25 *Ibid.*, 374.

nance of the non-marital child (§ 168 ABGB). If the father could not be identified or did not fulfil this financial obligation, the mother had to take care of the child's sustenance as well as its upbringing.[26]

The father had no paternal authority over his illegitimate children because to some point the drafters of the Austrian Civil Code distrusted him. They suspected that a man did not feel the same love for a child born out of wedlock as for his marital offspring and feared that he would be more likely to abuse the paternal authority over the non-marital children.[27] On the other hand, the rights of the paternal authority were also denied to the unmarried mother, who was considered as even less capable than the married one. Hence, illegitimate children had no legal representative by law. As a consequence, the courts always had to appoint a guardian for them to exercise the rights of paternal authority (§ 166 ABGB).[28]

3. THE GUARDIANSHIP: APPLICATION RANGE AND DUTIES

The Austrian Civil Code granted „persons, who do not benefit from the care of a father and are still minors or for some other reasons unable to take care of their own affairs", a special protection in form of a „suitable" guardian, who had to be appointed by the courts (§ 187 ABGB). Illegitimate children who were not under paternal authority always needed a guardian, whereas for legitimate children a guardian was only necessary if the father died or lost his paternal authority. A loss of paternal authority occurred when the father lost „the use of his reason", was declared prodigal or sentenced with imprisonment to a longer term than a year. In addition, the father lost his paternal authority if he was absent for more than a year, without giving notice of his place of residence. If these impediments ceased, the father entered again upon his rights. Only fathers who entirely neglected the maintenance and education of their children lost the paternal authority forever (§ 176f ABGB).[29]

The guardian essentially took over the responsibilities of the father concerning the paternal authority. Therefore, his main tasks were the legal representation of the ward and the management of the ward's assets. In addition, the guardian was obligated to take care of the child's education (§ 188, § 216 ABGB). If the father had not made any recognizable orders, the guardian – and not the mother – had the right to determine the educational

26 *Ibid.*, 371.

27 F. Zeiller, 370.

28 M. Moser, 84.

29 R. Schlüter, 103 etc.

goals.[30] Overall, the position of a guardian was, therefore, similar to a father's. He was just under stricter control by the courts, particularly regarding the child's assets.[31] Furthermore, the guardian was not responsible for the child's maintenance. On the contrary, he had a legal claim to an annual compensation of 5% of the clear income of the child's assets, whereby the compensation was limited to 4,000 florins per year (§ 266 ABGB).[32]

3.1. Reasons for the appointment of a guardian

Every guardian had to be formally appointed by the courts. For the selection of the guardian the ABGB stipulated a three-part system. Thereby it distinguished between the testamentary, the statutory and the judicial guardianship. If a legitimate child needed a guardian, the three reasons for the appointment were applicable in succession.

The wishes of the father were primarily considered. His paternal authority included the right to provide for its loss and to choose a guardian for his children (*tutela testamentaria*). According to the drafters of the ABGB, the choice of the father was in the best interest of the child because he had the greatest insight into the actual living conditions. The father could not only nominate a guardian, but also exclude certain persons from guardianship (§ 193 ABGB). His disposal did not have to fulfil any formal requirements. It was enough if his will was clearly recognizable. However, the nominated guardian could refuse the guardianship.[33]

If the father had nominated no guardian or an incapable guardian (§ 191f ABGB), the statutory guardianship (*tutela legitima*) was applicable. This was also the case if the testamentary guardian refused his appointment. Statutory guardianship meant that the ABGB established a statutory order of priority of the ward's closest relatives, who were sequentially called to guardianship. Above all, guardianship was to be entrusted to the grandfather on the father's side, then to the mother of the child, then on to the grandmother on the father's side and, lastly, to another male relative (§ 198 ABGB). According to the statutory ranking, one after the other had a legal claim to guardianship, but was also obligated to accept the appointment. The legal succession was based on the assumption that the relatives took more interest in the child's well-being than strangers. The drafters of the ABGB also assumed that the will to pass on origin (in the sense of social position, nobility etc.) and name incited a special love for the de-

30 R. Schlüter, 179 etc.; F. Zeiller, 449.

31 O. Lehner, 45 etc.; M. Moser, 85; R. Schlüter, 179 etc.

32 M. Moser, 85.

33 F. Zeiller, 421.

scendants of one's own sons. Therefore, the law preferred the father's side of the family to that of the mother.[34]

The last alternative concerning marital children was the judicial guardianship. It was only applicable if neither a testamentary nor a statutory guardian could be found. Then the court had to appoint another guardian at its own discretion but to consider the skills, the status, the property and the domicile of a potential guardian (*tutela dativa*, § 199 ABGB). Like the statutory guardian, the judicial guardian had no right to refuse the guardianship.[35]

The legal situation was different concerning illegitimate children. In respect to them testamentary and statutory guardianship were no options. Since the non-marital father had no paternal authority over his illegitimate children, he also had no right to nominate a guardian for them. The statutory order of priority (§ 198 ABGB) was also not applicable because apart from its parents, the blood relatives had no legal responsibilities towards an illegitimate child (§ 165 ABGB). As a result, regarding non-marital children the judicial guardianship was the first and only alternative. Whereas the unmarried mother was excluded from the guardianship of her illegitimate child, the court could grant the guardianship to the unmarried father. Even in this case, the father had no paternal authority over the illegitimate child, but the similar rights and duties of a guardian. He was mainly under stricter control by the court, especially concerning the child's finances.[36]

3.2. The exclusion of the female gender from guardianship

The Austrian Civil Code considered guardianship as a public function which required certain intellectual and mental abilities. Minors and mentally ill persons were excluded from guardianship, as well as convicted criminals and other persons from whom the law did not expect a respectable education or a proper administration of the ward's property. The assumption was that the female gender in general lacked the necessary mental and intellectual abilities to take care of the child's finances and to guarantee a decent upbringing. Therefore, women were as a rule excluded from guardianship.[37]

34 P. Harrakowsky, *Entwurf Hortens*, 178; F. Zeiller, 423 etc.

35 They could be compelled to accept guardianship by suitable coercive measures (§ 203 ABGB). Only a few groups had a right to refuse guardianship, for example secular clergymen, military persons in active service and persons who already had to manage one irksome or three smaller guardianships (§ 195 ABGB).

36 M. Moser, 86.

37 R. Schlüter, 171; F. Zeiller, 192.

Bearing in mind that the paternal authority and the guardianship essentially consisted of the same duties, the exclusion of the female gender from guardianship as well as from paternal authority seemed conclusive. If women lacked the abilities to exercise paternal authority, this also had to count with regard to guardianship. The groups of people who were excluded from guardianship, however, clearly show how low the Austrian Civil Code deemed the intellectual abilities of women to be. In terms of guardianship, it put them on the same level as mentally ill persons, minors and convicted criminals.[38]

Unlike other women, married mothers and paternal grandmothers could become guardians of their legitimate children or grandchildren. This exception was justified by the supposed great love of these women towards their children and the descendants of their own sons, who carried the family name. According to the legislative materials, this love compensated for the limited intellectual abilities and the lack of experience of the female gender. Therefore, the guardianship of the mother or the paternal grandmother appeared to be in the child's interest, if the father had made no other arrangement and the paternal grandfather was not available. For illegitimate mothers the law made no exception from the exclusion of women from guardianship. They had, therefore, no possibility to receive the guardianship over their children.[39]

3.3. Special provisions for female guardians

The Austrian Civil Code stipulated some special provisions for female guardians, which also shows the extent of distrust the law had in the suitability of women as guardians. For every female guardian, the courts had to appoint a male co-guardian (§ 211 ABGB). Therefore, no woman, not even the married mother or the paternal grandmother, could exercise the sole guardianship of a child. The tasks of the co-guardian consisted initially in the control of the female guardian and providing support with „male advice". Only if he noticed any grievances did he have to intervene and, firstly, talk to the female guardian. If these conversations were unsuccessful, the co-guardian was obligated to notify the court of these grievances (§ 212 ABGB).[40]

Furthermore, the drafters of the Austrian Civil Code feared that the love of the mother or the paternal grandmother for the children from a

38 Similar rules could be found in the law of succession, the same groups of persons were incapable of being a witness to a will (§ 591 ABGB).

39 R. Schlüter, 169 etc.; F. Zeiller, 520.

40 F. Zeiller, 442 etc.

first marriage could decrease due to the love for another man and the children from a new partnership. Since the special love of these women for the wards was the only reason to admit them to guardianship in the first place, a remarriage of the mother or the paternal grandmother who was the guardian of a child had to be reported to the court, which then had to examine if the new partnership could lead to a neglection of the children from the first marriage. Based on the result of this examination, the court had to decide whether the mother or grandmother could continue the guardianship (§ 255 ABGB).[41] According to the older regional laws and the first drafts of the Austrian Civil Code (Codex Theresianus, Draft Horten), the remarriage of the mother had led *ipso iure* to the loss of guardianship.[42] However, the Austrian Civil Code from 1811 deviated from this strict rule, based on the consideration that the second marriage did not necessarily have to harm the well-being of the children from the first one, but could also be in their interest.[43]

3.4. The responsibilities of the mother beside a guardian

The appointment of a guardian did not change the fact that the mother also had parental responsibilities. Although the guardian was in charge not only of the care for the ward's property but also of the child's upbringing, „the care of the person of the orphan" was entrusted primarily to the mother. This rule even applied when the mother had not taken upon herself the guardianship and even if she remarried, because it was assumed that the upbringing by the mother corresponded to the alleged will of the father and the interests of the child. An exception was therefore made if the child's well-being required a different disposition (§ 218 ABGB).[44]

The guardian had not only the duty to assist the mother in the upbringing of the child, but also to monitor her and to ensure that the education was in accordance with the presumed will of the father, the future life of the child and its actual living conditions. In special cases, such as the unsuitability of the mother, bad behaviour of the child or a particularly intended future for the child, the mother's right to raise it could be withdrawn by the court. However, the guardian was never allowed to take the child away from the mother without authorization, but needed the preceding permission of the court. After the mother, primarily the guardian, close relatives of the child and other persons closely affiliated with the

41 F. Zeiller, 520.

42 P. Harrakowsky, *Entwurf Hortens*, 181; R. Schlüter, 171.

43 R. Schlüter, 171 etc.; F. Zeiller, 520.

44 F. Zeiller, 452.

parents were entitled to take in the child. Otherwise, the guardian had to accommodate the child in a public or private children's home. The guardian was free to choose between these options, but had to report his decision to the court (§ 238 ABGB).[45]

If the father possessed no means or was not available, the mother was initially responsible for the maintenance of the child. If the mother was also unable to provide the necessary sustenance, the maintenance obligation firstly fell upon the grandparents on the father's side, and after them upon the grandparents on the mother's side (§ 143 ABGB). On the other hand, neither the paternal nor the maternal grandparents had an obligation to support an illegitimate child. If nobody was obligated and able to pay maintenance for the ward, the ward's assets had to be used firstly (§ 220 ABGB). When the ward was destitute, which was mostly the case, an attempt to receive financial support from other close relatives had to be made. However, these relatives had no obligation to support the ward. If they refused or if the child had no relatives at all, the guardian had a claim on public charitable foundations and the existing institutions for the poor, as long as the minor was not able „to support himself by his own work and application" (§ 221 ABGB).[46]

3.5. Evaluation of the rules on guardianship in the Austrian Civil Code

Consequently, married and unmarried mothers were primarily responsible for the upbringing of their children and their maintenance if the father could not or did not fulfil his parental duties. On the other hand, the illegitimate mother was completely excluded from guardianship by law. The marital mother could receive the guardianship of her own children, but only if her husband had not disposed otherwise. In contrast to the upbringing and the maintenance of a child, the law preferred the paternal grandfather to the marital mother and even a stranger to the non-marital mother when it came to guardianship.

The regulations of the Austrian Civil Code 1811 concerning female guardianship were in accordance with other Civil Codes of the period of the Enlightenment, like the Codex Maximilianeus bavaricus civilis 1756, the General State Laws for the Prussian States 1794 and the Code civil des Français 1804. The discrimination of women was generally justified with their limited intellectual abilities and the superiority of the male gender. However, unlike the ABGB, all the other codes called the mother first in

45 M. Stubenrauch, 314; F. Zeiller, 453.

46 M. Stubenrauch, 315.

the statutory order of priority and, at least, preferred her to the paternal grandfather and any other man if the father had not disposed otherwise. All in all, the possibilities open to women for receiving guardianship according to the Austrian ABGB seemed even more restricted than in the other codes of the Enlightenment.[47]

4. THE DEFICIENCIES OF THE AUSTRIAN RULES ON GUARDIANSHIP

The rules of the Austrian Civil Code on guardianship from 1811 only corresponded with the living conditions of the social upper class. Following a bourgeois family model, the appointment of a guardian for the fatherless orphan was considered the general case. The assumption was that the ward would be supported and looked after within a large family association. However, a considerable proportion of births took place outside of marriage. The number of illegitimate births ranged from 10% to 16% between 1830 and 1910. In bigger cities, the number was much higher. For example, in Vienna between 30% and 51% of the births were illegitimate during the same period.[48]

The Austrian Civil Code overlooked the fact that a large part of guardianships would affect illegitimate children for whom the courts always had to appoint a guardian. By law, these children belonged to no family. In most cases they had no assets, thus a potential guardian could not expect any compensation. Whereas the few wealthy minors were coveted wards, there was a lack of suitable guardians for the many destitute children during the whole 19th century.[49]

The judges who were obligated to find a guardian for an illegitimate child developed various solutions. It was quite common to appoint an employee of the court as guardian for many minors.[50] The courts in Vienna often chose as guardians those persons who strived for the right of residence in the city and assumed that a guardianship would help them to receive it, because the law stipulated that charitable guardians would be

47 U. Floßmann, 119 etc.; in detail cf. R. Schlüter.

48 E. Foster, 12; Gudrun Hopf, *Ledige Mütter – Uneheliche Kinder. Aspekte städtischer Illegitimität in der Phase der Industrialisierung am Beispiel Wiens in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Wien 1994, 117; O. Lehner, 23 etc.

49 Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (ErlRV) 2 BlgHH 21. Session, 68; Josef Kraus, „Zur Reform des Vormundschaftswesens", *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 6/1904, 41–44 (43); O. Lehner, 77; M. Moser, 127.

50 A. Bloch, „Der richterliche Vormund. Ein Beitrag zum Capitel Kinderschutz", *Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung* 7/1907, 52.

treated preferably.[51] Although sometimes the guardians only went to the court for their appointment and then did not care for their wards anymore, the rural population was also reluctant to take on a guardianship. The courts could not, therefore, attach any value to the qualifications of the guardians.[52] Since the majority of guardianships concerned illegitimate children, some courts requested the unmarried mother to choose a guardian for her child and invited her „in the company of a suitable guardian" to the court hearing for the appointment of the chosen man. The illegitimate mother's choice was, of course, just as limited as that of the court. Often the „suitable guardian" demanded payment from the mother for his trip to the court in the form of money or labour.[53] The guardians whose appointment was compulsory often took little pains with their job and especially neglected the care and the upbringing of the mostly destitute wards.[54] Sometimes the guardians did not even know the state of residence of their wards.[55]

The Austrian Civil Code only included detailed regulations to secure the property of the ward, whereas it hardly ensured its maintenance, the protection of its personality, or protection against labour exploitation..[56] Therefore, the children of the working class who had no property were not protected at all. The guardians were supposed to be chosen within the social classes of the wards. Especially the guardians of the lower classes often had huge economic concerns themselves, which made it difficult to take proper care of a ward.[57] The courts mostly had no knowledge of specific grievances. In general, the state authorities had hardly any information about the actual living conditions of children in the Habsburg Empire, not only of those under guardianship but of the other children as well. In most cases, the courts had no opportunity to intervene anyway. There was a great lack of suitable public institutions and foster parents to remove children from a detrimental family environment and to accommodate them elsewhere.[58]

The industrial revolution and the migration towards urban areas led to the dissolution of large family associations. As a result, the lack of suitable guardians increased. In general, the situation of the youth deteriorat-

51 M. Stubenrauch, 305.

52 A. Bloch, 52 etc.

53 *Ibid.*, 53.

54 A. Bloch, 52.

55 ErlRV 2 BlgHH 21. Session, 68.

56 O. Lehner, 76.

57 *Ibid.*, 41–43.

58 J. Kraus, 42; O. Lehner, 77.

ed dramatically. In many cases, the parents were unable to care for their children properly. Often not even the children's material existence was guaranteed. The result was an increasing negligence of the youth affecting both marital and non-marital children of the rural and urban lower classes. By the end of the 19th century so many children suffered from a lack of care that they were considered as a problem for society as a whole and a threat to state security. On the one hand, juvenile delinquency was high, on the other hand, the precarious state of the youth weakened the economic and military potential of the state.[59] After the problem had been ignored for a long time, a further escalation seemed no longer tolerable. Therefore, a large discussion about child protection began in the late 19th century. As part of this public discourse, a reform of the ABGB's rules on guardianship was also proposed.[60]

5. THE REFORMS PROPOSED BY THE AUSTRIAN WOMEN'S RIGHTS MOVEMENT

Although the ABGB's rules on guardianship soon proved to be insufficient, until the end of the 19th century there seemed to exist almost no opposing opinion against the large exclusion of women from guardianship.[61] Only then did the bourgeois women's associations call for an improvement in the legal status of women within the family, as well as concerning paternal authority and guardianship. Through their periodicals they tried to shape public opinion.[62] They also used their legal rights and submitted three petitions to the parliament between 1904 and 1908. In the petitions the women's associations basically demanded a replacement of the paternal authority with a parental authority for legitimate children,

---

59 J. Kraus, 41; O. Lehner, 63 etc.

60 *Ibid*.

61 E. Foster, 12.

62 For example Marianne Hainisch, „Zur Vormundschaftspflege", *Frauen-Rundschau* 6/1902, 617–621; Henriette Herzfelder, „Mutterrecht und Gesetz", *Der Bund* 4/1910, 9–10; Henriette Herzfelder, „Mehr Mutterschutz", *Der Bund* 6/1910, 6–9; Henriette Herzfelder, „Zur Jahrhundertfeier des allgemeinen buergerlichen Gesetzbuchs", *Der Bund* 7/1911, 4–6; Henriette Herzfelder, „Zur Stellungnahme der Frauen zum Reformentwurf des buergerlichen Gesetzbuchs", *Der Bund* 4/1913, 13–14; Henriette Herzfelder, „Die Vormundschaft und die Frauen", *Der Bund* 2/1915, 5–7; Leopoldine Kulka, „Der I. österreichische Kinderschutz-Kongress", *Die Frauenbewegung* 13/1907, 68–69; Marie Rosenthal, „Der Entwurf einer Novelle zum Bürgerlichen Gesetzbuch im Lichte der Rechte und Interessen der Frau", *Neues Frauenleben* 2/1908, 67–72; Marie Rosenthal, „Der Entwurf einer Novelle zum Bürgerlichen Gesetzbuch im Lichte der Rechte und Interessen der Frau (Fortsetzung)", *Neues Frauenleben* 3/1908, 67–72; Wihelmine Wiechowsky, „Die Ledige Mutter", *Neues Frauenleben* 9/1908, 217–220.

which should be equally shared between the parents. According to their requests, an appointment of a guardian would not have been necessary if only one parent had been unable to exercise the parental authority. In this case, the other parent should automatically have the parental authority, without a judicial appointment. Moreover, they opposed the exclusion of women from guardianship and demanded the general admission of women to the public function of a guardian. They believed that the unmarried mother should have the sole guardianship over illegitimate children.[63]

The bourgeois women's associations used two main arguments to justify their requests: the more progressive part of the civic women's movement claimed that the changed economic conditions had improved the business qualifications of women, which made the prohibition for other women than the mother or grandmother to take over the guardianship of children outdated and no longer justified. The conservative part of the women's movement used gender stereotypes to substantiate their demands and argued that because of their female character and maternal abilities women were even better qualified to take care of children than men and therefore suitable for guardianship as well.[64] To demand women´s rights based on their special nature was on the one hand a tactical decision, but it also rose from the conviction that women had special abilities to add something to the state which men could not and that the state would only be complete with women´s participation. Other than sounding, above all, conservative, this is also a strong and – until now – an unproven claim.

The Socialist Party had the equality of genders since 1901 in its program, but at that time the socialist women's movement focused on socio-political reforms, which the socialist movement considered as more important.[65] The socialist women also criticized the use of the petition right, because the parliament was not obliged to deal with the petitions.[66] The success of the petitions depended on the exclusively male members of the parliament. Therefore, the bourgeois women's associations cooperated with some liberal and socialist members of the parliament and tried to get their support. This strategy of cooperation was not uncontroversial within the women's movement, but considered as necessary.[67]

63 E. Foster, 9–10; E. Frysak, *Einsatz des Petitionsrechtes*, 113 etc.; E. Frysak, *Petitionsrechtliche Forderungen*, 76 etc.; O. Lehner, 72 etc.

64 E. Foster, 9 etc.

65 O. Lehner, 73–74.

66 E. Frysak, *Einsatz des Petitionsrechtes*, 35 etc., 71 etc.; E. Frysak, *Petitionsrechtliche Forderungen*, 82.

67 E. Frysak, *Einsatz des Petitionsrechtes*, 68 etc.

6. THE REFORM OF THE AUSTRIAN RULES ON GUARDIANSHIP

One supporter of the demands of the bourgeois women's associations was the politician and delegate Julius Ofner,[68] who picked up their proposals and tried to improve the legal status of women in the civil law by a parliamentary request in 1901. According to the wishes of the women's movement, it stipulated that the paternal authority should be shared between the parents and renamed into parental authority. In contrast to the proposals of the women's associations, the parliamentary request wanted to maintain the father's ultimate decision-making authority. Over illegitimate children the mother should have the sole guardianship. Initially, the parliament entirely rejected this far-reaching and progressive proposal.[69] Especially, the introduction of a shared parental authority was seen as a threat to the peace and tranquility in the family. It was also pointed out that neither the German Civil Code nor the Swiss Law draft contained such a „harmful rule".[70]

However, at that time, the Austrian Civil Code had been in force for almost 100 years without changes. Not only the family law, but also the property law, the law of obligations, and the inheritance law no longer met the requirements of the time in many respects, hence, the demand for a revision of the ABGB became increasingly louder. The immediate cause for the start of the reform work was an article by Joseph Unger[71] concerning the revision of the Austrian Civil Code in 1904.[72]

In his article Joseph Unger called the general exclusion of women from guardianship outdated and unjustified.[73] Nevertheless, unlike Julius

68 Julius Ofner (* 1845, † 1924) was an Austrian jurist and politician who contributed to the legislation against child labour, the protection of workers and the partial emancipation of women as well as the criminal law reform; Andreas Thier, „Ofner, Julius", Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (ed.), *Neue Deutsche Biographie* XIX, Duncker & Humblot, Berlin 1999, 485.

69 Übersicht über die Anträge und Anregungen zur Revision des Bürgerlichen Gesetzbuches, Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv, Karton 41, 10, 15; O. Lehner, 79; see also Julius Ofner, „Die Frau im österreichischen Privatrecht", *Dokumente der Frauen* 17/1899, 439–443.

70 E. Frysak, *Einsatz des Petitionsrechts*, 125.

71 Joseph Unger (* 1828, † 1913) was one of the leading jurists in the middle of the 19th century and the prime mover behind the change of the „exegetic law school" to the „historical law school", professor of civil law at the universities of Prague and Vienna, member of the Austrian parliament, from 1871 to 1879 Minister without Portfolio and President of the Imperial Court of Justice; Wilhelm Brauneder, „Unger, Joseph", Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (ed.), *Neue Deutsche Biographie* XXVI, Duncker & Humblot, Berlin 2017, 634–636.

72 O. Lehner, 79.

73 Joseph Unger, *Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Wien 1904, 391.

Ofner, Joseph Unger wanted to maintain the rules on paternal authority and not involve the mother, as long as the father was able to exercise his sole responsibilities.[74] Furthermore, he considered it as self-evident that the father's vote should be decisive in the case of a disagreement because, in his opinion, the subordination of the female gender corresponded to the natural order. Thereby, Unger also referred to the German Civil Code from 1900, which expressed this clearly. Joseph Unger only suggested that, as in the German law, the guardianship should pass to the mother automatically if the father lost it.[75]

After the publication of Unger's article, the Justice Department elaborated a draft law which came to the House of Lords as a government bill in 1907. The House of Lords assigned the government bill to a subcommittee of the parliament's legal commission for consultation. The subcommittee suggested some modifications. The House of Lords discussed the improved bill and approved it in 1912. The outbreak of the First World War in 1914 led to the closure of the parliament that same year and prevented the House of Representatives from passing the bill as well.[76] At the same time, the outbreak of the war made the reform of the ABGB's family law and in particular its rules on guardianship all the more urgent. The long-standing shortage of guardians now had to be remedied quickly, as the male population was needed in the war and large human losses were expected. The Austrian government also realized the special urgency of the problem and decided to make provisions despite the closure of the parliament. Therefore, the first part of the draft law, which contained almost exclusively provisions relating to family law and inheritance law, passed by the House of Lords and was put into force in October 1914 by an imperial emergency ordinance.[77]

7. THE CHANGES IN THE RULES ON GUARDIANSHIP THROUGH THE FIRST LEGISLATIVE AMENDMENT TO THE AUSTRIAN CIVIL CODE IN 1914

The first partial amendment to the ABGB pursued, among other things, the goal of expanding the circle of potential guardians. The difficulty of finding suitable male guardians made it necessary to open the

74 *Ibid.*, 391.

75 *Ibid.*, 393.

76 O. Lehner, 79.

77 Barbara Dölemeyer, „Die drei Teilnovellen zum ABGB (1914–1916)", Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* III/2, München 1982, 1784–1799 (1789f); O. Lehner, 84 etc.; M. Moser, 119.

guardianship to women. The legislative materials expressed clearly that there was no other way to meet the demand for guardians.[78] The admission of women to guardianship appeared to be harmless, above all because many other European countries had already admitted women to the function of the guardian since the ABGB had entered into force. For example, a Hungarian law from 1877 granted the sole guardianship to the married mother if her husband lost his paternal authority. Moreover, in Hungary the unmarried mother was the sole guardian of her illegitimate child by law. The Italian Civil Code from the year 1865 granted both parents a shared paternal authority over legitimate children, whereas the unmarried mother even had the sole guardianship of her illegitimate children. Nevertheless, apart from the unmarried older sister of a ward, the Italian law excluded women from the guardianship of someone else's children.[79]

According to the German Civil Code from 1900, which was the role model for the Austrian legislative amendment, the married mother received the paternal authority over her children automatically if the father lost it. In contrast, the illegitimate mother had no paternal authority by law. Similar to Austria, the German courts had to appoint a guardian for any illegitimate child, whereby the mother had no legal claim to be appointed. Nevertheless, the courts in Germany were free to grant her the guardianship. The Swiss law draft gave the paternal authority over legitimate children to both parents and over illegitimate children to the mother alone. Neither the German nor the Hungarian civil law, nor the Swiss law draft excluded women from guardianship.[80]

Furthermore, many women participated in the economic life, therefore, the preconception that women had too little business sense to exercise the guardianship sensibly seemed no longer justified. Moreover, most of the wards had no assets whose management required special business skills anyway. If the argument that women lacked the necessary business skills to exercise the guardianship was unfounded or at least insignificant, then there was no reason at all to further exclude women from guardianship. The explanatory remarks to the government bill even assumed that women were better qualified than men to care for a child's physical and emotional needs due to their natural aptitude.[81] These were also the arguments the women's associations used in their petitions submitted in

78 Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 78 BlgHH 21. Session 1912, 29; ErlRV 2 BlgHH 21. Session, 68–69.

79 ErlRV 2 BlgHH 21. Session, 69–70.

80 *Ibid*.

81 *Ibid*., 70.

parliament.[82] With this justification, the first legislative amendment to the Austrian Civil Code removed the general exclusion of women from guardianship.[83]

Nevertheless, according to the explanatory remarks to the government bill, even within the conjugal partnership a wife could only receive and exercise guardianship with the permission of her husband, who could also withdrew his approval.[84] Only concerning the guardianship of her own children, the law gave priority to the interests of the mother and waived the approval of her new spouse.[85] On the other hand, a married man could receive and exercise guardianship even for someone else's children without the permission of his wife.[86]

To reduce the demand for guardians, the scope of co-guardianship was limited. The mandatory addition of a male guardian to any female guardian was abandoned. The explanatory remarks to the government bill explained that the well-being of the wards would not be affected by this, as in practice the co-guardian had hardly taken on any tasks anyway.[87] Instead of a mandatory rule, the law stated certain cases in which a co-guardian beside a female guardian was required. This was especially necessary when the married father had demanded a co-guardian for his wife, because according to the explanatory remarks, he was best able to decide whether his wife would need support in the exercise of guardianship. In addition, the courts were authorized to appoint a co-guardian for the unmarried mother if this was necessary to enforce the child's claims against the father. Furthermore, the appointment of a co-guardian beside a female guardian was also possible if the ward possessed a large fortune. Finally, the female guardian could also request the addition of a co-guardian if she doubted her own skills.[88] For the same reason, women, apart from the ward's mother and grandmothers, were not obligated to take on guardianship. Unlike men, they had the right to refuse the guardianship of someone else's child.[89]

82 E. Foster, 9 etc.

83 Art. 21 Kaiserliche Verordnung vom 12. Oktober 1914 über eine Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, RGBl 276/1914, 1118.

84 Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 78 BlgHH 21. Session 1912, 29.

85 *Ibid*.

86 ErlRV 2 BlgHH 21. Session, 70.

87 *Ibid.*, 71.

88 *Ibid.*, 70.

89 Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 78 BlgHH 21. Session 1912, 29.

The governmental bill from the year 1907 did not plan a change in the statutory order of priority. This was criticized in particular by Armin Ehrenzweig, because on the one hand, after the father, the mother (and not the grandfather) was primarily responsible for the child's maintenance and its upbringing, whereas concerning the guardianship the paternal grandfather was the first and the married mother only the second in the order of priority.[90] Later on, the subcommittee of the parliament's legal commission changed the statutory order of priority and appointed the married mother as first in line for the guardianship.[91] In addition, the first legislative amendment also established legal foundations for local authority care, which meant that a public institution and bodies of the public administration could act as collective guardians to many wards. However, the collective guardianship was subsidiary to the individual one and only applicable when a suitable individual guardian could not be found.

The legislator did not want to go as far as to give the illegitimate mother statutory guardianship over her children. The subcommittee of the legal commission claimed that the intention behind this decision was not moral censure of illegitimate mothers.[92] Instead, the legal materials explained that an illegitimate mother and her child sometimes had different interests, because the mother was probably most interested in a marriage with the child's father. Therefore, it seemed obvious that the illegitimate mother would spare the father, to the disadvantage of the child, and, for example, not claim maintenance for the child, so as not to anger the father and reduce her prospects of a marriage with him. As the illegitimate child could also damage the mother's future, the legislator did not expect that illegitimate mothers would be reliable guardians.[93]

Nevertheless, after the first legislative amendment to the Austrian Civil Code, the courts were at least free to appoint a woman and, there-

90 Armin Ehrenzweig, *Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Verlag des XI österreichischen Advokatentages, Wien 1908, 29.

91 Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 78 BlgHH 21. Session 1912, 31.

92 Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 78 BlgHH 21. Session 1912, 31.

93 Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 78 BlgHH 21. Session 1912, 31; ErlRV 2 BlgHH 21. Session, 70; Othmar Wentzel, „Von den Vormundschaften und Kuratelen", Heinrich Klang, Franz Gschnitzer (eds.), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* I, Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien 1962, 311.

fore, also the illegitimate mother as a guardian of her children. Unmarried mothers were now at least able to apply for guardianship of their children. Unlike married mothers, however, they had no legal entitlement to guardianship. In reality, the guardianship was rarely transferred to unmarried mothers by the courts, which was probably due to the still widespread prejudice that they lacked moral qualities.[94]

After the first legislative amendment had entered into force in the year 1914, the rules of the Austrian Civil Code concerning the legal position of women within the family and concerning the guardianship in particular were almost identical to the legal provisions of the German Civil Code from 1900 (= Bürgerliches Gesetzbuch BGB). In both states, the father had the ultimate decision-making authority within the family and the sole guardianship over his children in the form of paternal authority in Austria and parental authority in Germany.[95] He was also free to choose a guardian for his children. However, if he had not made an order, the guardianship was granted to the married mother by law. Illegitimate mothers had no legal entitlement to guardianship but could be appointed by the courts. Women were not excluded from guardianship but in general needed the approval of their spouses. Apart from the wife of the ward's father in Germany, and the mother as well as the grandmothers of the ward in Austria, women had the right to refuse guardianship. Only for women a co-guardian, in Germany called assistance, could be named for similar reasons.[96]

The actual provisions stayed far behind the demands of the women's movement. While the women were enthusiastic about the possibility to receive guardianship for minors and especially their own children more easily, they criticized the fact that the father still had the sole paternal authority over legitimate children. The denial of legal guardianship to the unmarried mother was also opposed. The regulations on co-guardians, the fact that married women needed the permission of their husbands to take over guardianship, the right of the father to choose another guardian than the mother and his power to exclude his wife from guardianship were other points of criticism. The only change, which was unreservedly approved, was that the married mother was now the first in the statutory order of priority, before the paternal grandfather.[97]

94 O. Lehner, 288; O. Wentzel, 200.

95 The term parental authority is misleading and did not change the fact that it was solely granted to the father as long as he was able to fulfil his duties.

96 Art. 1783–1788 Bürgerliches Gesetzbuch 1900, Reichsgesetzblatt No. 21/1896, 195; Art. 21–29 Kaiserliche Verordnung vom 12. Oktober 1914 über eine Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, RGBl 276/1914, 1118–1119; to the rules of the German BGB on guardianship cf. Staengel, 152 etc.

97 E. Foster, 12; E. Frysak, *Petitionsrechtliche Forderungen*, 77–78, 82 and in more detail E. Frysak, *Einsatz des Petitionsrechtes*, 144 etc..

8. THE EVALUATION OF LEGISLATIVE CHANGES BY THE LEGAL SCIENCES

The legal sciences generally approved the admission of women to guardianship.[98] However, in contrast to the civic women's rights movement, the male legal scholars did not strive for equality of the genders neither concerning the paternal authority, nor the guardianship.[99]

For example, Joseph Unger wanted to give the paternal authority solely to the married father. Only if he could not exercise the paternal authority, should it pass to the married mother.[100] The Austrian civil law professor Armin Ehrenzweig considered the general admission of women to guardianship as too extensive. „Instead of immediately overturning the whole rule", in his opinion, additional exceptions to grant certain other women the guardianship, besides the married mother and the marital grandmother, would have been more reasonable. However, Ehrenzweig was convinced that even if women were generally admitted to guardianship, „life itself" would restore the right rule „tacitly". To prove his claim, Ehrenzweig referred to the situation in the German Reich. Women were generally admitted to guardianship in Germany, but rarely appointed by the courts, although the female guardians proved themselves as excellent.[101]

In addition, Ehrenzweig pointed out that on the one hand, the legislature complained about the deficiencies of judicial guardianship, but on the other hand, it still gave illegitimate children no legal representative by law. In his opinion, it was not the unmarried mother, but the maternal relatives who would have been particularly suitable to become the statutory guardians of the non-marital child. Moreover, he considered as wrong that the father of a marital child was only allowed to appoint a co-guardian for his wife but not for other females, for example for his sister. Furthermore, Ehrenzweig criticized the solution that left unmarried mothers with no right to refuse guardianship like other women (other than the mother and the grandmothers of a legitimate child) when they were appointed. They could simply be forced to take over guardianship, even if they considered themselves as unsuitable. According to Ehrenzweig, this rule was based on the idea: „Even an unreliable guardian is better than none." He pointed

98 Max Burckhard, „Die Frau als Vormund", *Neue Freie Presse. Morgenblatt* 15413/1907, 2–3; A. Ehrenzweig, 28; Karl Schreiber, „Die Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches", *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 2/1905, 11–13 (13); J. Unger, 391.

99 O. Lehner, 72 etc.

100 J. Unger, 393.

101 A. Ehrenzweig, 28.

out that with such a rule the problem of finding a guardian for illegitimate children was indeed solved „but only on paper".[102]

The civil law professors Ernst Till and Horaz Krasnopolski assessed the situation differently and wanted to make guardianship a general duty for all citizens, without privileges for „the weaker gender". In their opinion, women should not have the right to refuse guardianship because otherwise the state would lose many suitable guardians. Furthermore, they considered it as necessary that women, who strived for equality, became aware that getting the same rights did not only mean pleasures, but also worries. However, neither Ernst Till nor Horaz Krasnopolski proposed that the paternal authority be shared between the parents.[103] Even Julius Ofner, whose proposals were most progressive, intended to grant the married father the ultimate decision-making authority within the family.[104]

The judge and legal scholar Albert Wehli assessed the situation most pragmatically. He pointed out that on the one hand, the state had great difficulties to find people who were willing to sacrifice „time and effort" for someone else's child. On the other hand, unless the first observations from the field were wrong, there was a whole group of people who would be happy to take over this task.[105] In contrast to other areas, when it came to guardianship the replacement of men by women and problems of rivalry between the genders seemed unlikely to Wehli because "at least in the in past the men have clearly shown that they do not attach importance to becoming the guardian of someone else's child anyway."[106] However, Wehli also showed some doubts about the suitability of females to become guardians. He, therefore, considered it as sensible to appoint a co-guardian for every female guardian. Since the co-guardian had hardly any tasks other than to control and support the main guardian, Wehli assumed it would be easy to find enough co-guardians.[107]

Albert Wehli even saw a possible advantage to female guardians. He assumed that women would attach less importance to the remuneration for their function as a guardian than men and would, hence, be more willing to become the guardian of a destitute child.[108] In cases in which the

102 *Ibid.*, 28–29.

103 Ernst Till, *Der Entwurf einer österreichischen Zivilgesetznovelle*, Manzsche k. u k. Hof-Verlags– und Universitäts-Buchhandlung, Wien 1908, 4–5.

104 J. Ofner, 18; Übersicht über die Anträge und Anregungen zur Revision des bürgerlichen Gesetzbuches, in: Österreichisches Staatsarchiv, Allgemeines Verwaltungsarchiv, Karton 41, 10.

105 A. Wehli, 205.

106 *Ibid.*, 206.

107 *Ibid.*

108 *Ibid.*, 205.

guardianship involved extensive wealth management and which, therefore, required a greater business sense, the courts could still give preference to the male gender. For Albert Wehli the question was a very simple one: „Is it true that our legal awareness still demands or even allows us to exclude the female gender from a function, for which it is not only qualified but often also the only applicant?"[109]

9. CONCLUSION

The admission of women to the guardianship of minors corresponded to a demand of the women's rights movement, which was partially fulfilled with the first partial amendment to the Austrian Civil Code in 1914. Of all the provisions demanded by the women's movement, the permission to take over guardianship of children was one of the few that were realized. Some of the arguments used by the women's associations were also picked up in the legislative materials. Although many limitations remained, the law change was a step forward for women, because they were no longer generally excluded from guardianship.[110] This was also an extension of female participation in the male public area, because the guardianship was considered as a public function to which, until then, only the male citizens had access.

However, the first legislative amendment did not bring a real equality of the genders, neither concerning the paternal authority nor the guardianship.[111] As long as the father was able to exercise the paternal authority and did not grossly neglect his duties, he alone had the rights and duties of paternal authority and guardianship alike. A great move forward was that if the father lost his paternal authority, the statutory guardianship was now primarily granted to the married mother instead of the paternal grandfather. Nevertheless, it has to be considered that the testamentary guardianship took precedence over the statutory one. As part of his disposition right, the father could still nominate another guardian, simply exclude his wife from the guardianship of their children, or demand a co-guardian for her.[112]

Some specific regulations also show that the legislator still considered women as less qualified than men to exercise the guardianship of a minor. A co-guardian could only be appointed for a female guardian. Only women were entitled to refuse the guardianship if they considered themselves

109 *Ibid.*, 206.

110 E. Forster, 12; E. Frysak, *Petitionsrechtliche Forderungen*, 82.

111 O. Lehner, 80; M. Moser, 118 etc.

112 O. Wentzel, 306–307.

as unsuitable for this function and only women needed the approval of their spouses if they wanted to take over or continue guardianship over someone else's child after their wedding. With these rules, the first legislative amendment ensured that neither the interests of the marital father nor the husband of a (potential) female guardian were affected. The legislature was particularly suspicious of the illegitimate mother who, although entrusted with the upbringing and the maintenance of her child, had no legal claim to receive the guardianship as well. The legal scholars showed similar reservations towards female guardians. While they generally approved the admission of the female gender to guardianship, they were still not convinced that women made just as suitable guardians as men.

The reason for the admission of women to the guardianship of minors was primarily the already existing great lack of suitable male guardians. The opening of the legal institution of guardianship to women appeared to be the „only mean" to meet the great need for guardians, whose further rise was to be expected because of the First World War. In the interest of state security and administration, as well as for the protection of the youth, the Austrian politics and legal science considered it as expedient to expand the circle of potential guardians. The legislative change only went as far as it was considered necessary to achieve this goal without restricting the marital father's supremacy.[113] The far wider requests of the women's rights movement for real equality of the genders within the family were not fulfilled. Therefore, it is not surprising that the legislative change as a whole was uncontroversial within the male dominated politics and the legal science. For them, the improvement of the legal status of women concerning the guardianship of minors was simply a necessity to ensure that enough guardians were available and it was not a goal in itself, but mainly a consequence of the change in regulation. On the other hand, the still existing discrimination of women concerning paternal authority and guardianship was not lost on the women's associations and activists and was heavily criticized by them. However, they considered their new possibilities as at least the first step in the right direction and announced that they would continue to fight for a shared parental authority,[114] unaware that it would take another sixty years until this goal was finally reached.[115]

113 This conclusion is also drawn by E. Frysak, *Einsatz des Petitionsrechtes*, 129 etc.; E. Frysak, *Petitionsrechtliche Forderungen*, 75.

114 E. Forster, 12; E. Frysak, *Einsatz des Petitionsrechtes*, 144 etc., 174 etc., 181 etc.

115 The great family law reform in 1975 finally brought equal parental rights and duties concerning legitimate children and the sole legal guardianship of unmarried mothers in Austria, for example see Ingrid Bauer, „Frauen, Männer, Beziehungen ... Sozialgeschichte der Geschlechterverhältnisse in der Zweiten Republik", Johann Burger, Elisabeth Morawek (eds.), *1945–1995. Entwicklungslinien der Zweiten Republik*, Wien

BIBLIOGRAPHY

PRIMARY SOURCES:

Alfred Bloch, „Der richterliche Vormund. Ein Beitrag zum Capitel Kinderschutz", *Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung* 7/1907, 51–53.

Max Burckhard, „Die Frau als Vormund", *Neue Freie Presse. Morgenblatt* 15413/1907, 2f.

Armin Ehrenzweig, *Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Verlag des XI österreichischen Advokatentages, Wien 1908.

Marianne Hainisch, „Zur Vormundschaftspflege", *Frauen-Rundschau* 6/1902, 617–621.

Philipp Harras Harrakowsky, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. Entwurf Hortens* I, Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, Wien 1886.

Philipp Harras Harrakowsky, *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen. Entwurf Martini's* II, Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, Wien 1886.

Henriette Herzfelder, „Mutterrecht und Gesetz", *Der Bund* 4/1910, 9–10.

Henriette Herzfelder, „Mehr Mutterschutz", *Der Bund* 6/1910, 6–9.

Henriette Herzfelder, „Zur Jahrhundertfeier des allgemeinen buergerlichen Gesetzbuchs", *Der Bund* 7/1911, 4–6.

Henriette Herzfelder, „Zur Stellungnahme der Frauen zum Reformentwurf des buergerlichen Gesetzbuchs", *Der Bund* 4/1913, 13–14.

Henriette Herzfelder, „Die Vormundschaft und die Frauen", *Der Bund* 2/1915, 5–7.

Horaz Krasnopolski, *Die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Regierungsvorlage*, Manzsche k. u k. Hof-Verlags– und Universitäts-Buchhandlung, Wien 1908.

Josef Kraus, „Zur Reform des Vormundschaftswesens", *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 6/1904, 41–44.

Leopoldine Kulka, „Der I. österreichische Kinderschutz-Kongress", *Die Frauenbewegung* 13/1907, 68–69.

Julius Ofner, „Die Frau im österreichischen Privatrecht", *Dokumente der Frauen* 17/1899, 439–443.

Julius Ofner, *Die Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Manzsche k. u k. Hof-Verlags– und Universitäts-Buchhandlung, Wien 1907.

Marie Rosenthal, „Der Entwurf einer Novelle zum Bürgerlichen Gesetzbuch im Lichte der Rechte und Interessen der Frau", *Neues Frauenleben* 2/1908, 67–72.

1995, 102 etc.; O. Lehner, *Familie-Recht-Politik. Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert*, Springer-Verlag, Wien-New York 1987; Ines Rössl, Caroline Voithofer, „40 Jahre 'Große Familienrechtsreform': Gleichheit hinter den Türen des Privaten?" *juridikum* 4/2015, 540 etc.

Marie Rosenthal, „Der Entwurf einer Novelle zum Bürgerlichen Gesetzbuch im Lichte der Rechte und Interessen der Frau (Fortsetzung)", *Neues Frauenleben* 3/1908, 67–72.

Karl Schreiber, „Die Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches", *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 2/1905, 11–13.

Moritz Stubenrauch, *Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche,* Manz, Wien 1884[4].

Ernst Till, *Der Entwurf einer österreichischen Zivilgesetznovelle*, Manzsche k. u k. Hof-Verlags– und Universitäts-Buchhandlung, Wien 1908.

Joseph Unger, *Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, Wien 1904.

Adolf Wehli, „Weibliche Vormünder. Ein Gesetzgebungsvorschlag", *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung* 26/1901, 205–206.

Wihelmine Wiechowsky, „Die Ledige Mutter", *Neues Frauenleben* 9/1908, 217–220.

Franz von Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch: für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* I, Geistingers Verlagshandlung 1811, Wien – Triest 1811.

SECONDARY SOURCES:

Ingrid Bauer, „Frauen, Männer, Beziehungen ... Sozialgeschichte der Geschlechterverhältnisse in der Zweiten Republik", Johann Burger, Elisabeth Morawek (eds.), *1945–1995. Entwicklungslinien der Zweiten Republik*, Wien 1995, 102–118.

Wilhelm Brauneder, „Unger, Joseph", Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (ed.), *Neue Deutsche Biographie* XXVI, Duncker & Humblot, Berlin 2017, 634–636.

Stephen Cretney, *Family Law in the Twentieth Century: A History*, Oxford University Press, Oxford 2005.

Astrid Deixler-Hübner, „§ 177", Andreas Kletečka, Martin Schauer (eds.), *ABGB-ON*, https://rdb.manz.at/document/1101_abgb_p166?execution=e1s5&highlight=obsorge+uneheliche+kinder, last visited 14 March 2020.

Barbara Dölemeyer, „Die drei Teilnovellen zum ABGB (1914–1916)", Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* III/2, München 1982, 1784–1799.

Ursula Floßmann, „Die Gleichberechtigung der Geschlechter in der Privatrechtsgeschichte", Ursula Floßmann (ed.), *Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Festschrift Hermann Eichler zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 1977*, Springer Verlag, Wien – New York 1977, 119–144.

Ellinor Forster, „The Construction of 'Male Capability' and 'Female Inability' to assume Guardianship of Children in the Austrian 'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch' (ABGB) in the 19th Century", Grethe Jacobsen, Helle

Vogt, Inger Dübek, Heide Wunder (eds.), *Less favoured – more favoured. Proceedings from a Conference on Gender in European Legal History. 12.–19. Century, September 2004*, Kopenhagen 2005, [Online-Publikation: http://www.kb.dk/da/nb/publikationer/fundogforskning-online/less_more/].

Elisabeth Frysak, Legale Kämpfe: Der Einsatz des Petitionsrechtes als politische Strategie der österreichischen bürgerlichen Frauenvereine, Diplomarbeit Universität Wien 2000.

Elisabeth Frysak, „Legale Kämpfe: Die petitionsrechtlichen Forderungen der österreichischen bürgerlichen Frauenbewegung zur Änderung des Ehe– und Familienrechts um die Jahrhundertwende", *L'Homme* 14/2003, 65–82.

Gudrun Hopf, *Ledige Mütter – Uneheliche Kinder. Aspekte städtischer Illegitimität in der Phase der Industrialisierung am Beispiel Wiens in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Wien 1994.

Oskar Lehner, *Familie-Recht-Politik. Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert*, Springer-Verlag, Wien-New York 1987.

Martin Moser, *Quo vadis Kindschaftsrecht? Ein über 200-jähriger rechtlicher und sozialer Wandel im ABGB*, Murau 2015.

Elisabeth Roczek, *Geschichte der Vormundschaft und Pflegschaft seit dem Codex Theresianus*, Wien 1943.

Ines Rössl, Caroline Voithofer, „40 Jahre 'Große Familienrechtsreform': Gleichheit hinter den Türen des Privaten?" *juridikum* 4/2015, 540–544.

Reinhild Schlüter, *Das Vormundschaftsrecht in den Kodifikationen der Aufklärungszeit*, Rhöndorf 1960.

Walter Staengel, *Die elterliche Gewalt der Mutter im deutschen Rechtskreis seit 1794. Ein Beitrag zur Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau und Mutter*, PAUL JLLG Photo-Offsetdruck Stuttgart, Stuttgart – Bad Cannstatt 1966.

Monika Strobel, „Der Beginn eines langen Weges zu gleichen Elternrechten. Der Custody of Infants Act 1839", Stephan Meder, Christoph-Eric Mecke (eds.), *Reformforderungen zum Familienrecht international. Westeuropa und die USA (1830–1914)* I, Böhlau 2015, 434–460.

Andreas Thier, „Ofner, Julius", Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (ed.), *Neue Deutsche Biographie* XIX, Duncker & Humblot, Berlin 1999, 485.

Othmar Wentzel, „Von den Vormundschaften und Kuratelen", Heinrich Klang, Franz Gschnitzer (eds.), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* I, Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien 1962.

Мр Сара ШТУЦЕНШТАЈН*

КОРАК КА РАВНОПРАВНОСТИ? СТИЦАЊЕ ПРАВА ЖЕНА НА СТАРАТЕЉСТВО У АУСТРИЈСКОМ ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ 1914. ГОДИНЕ

Сажетак

Према Аустријском грађанском законику из 1811. године (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch = ABGB*), жене нису имале скоро никакве могућности за вршење родитељског права над децом. Уместо тога, ожењени отац је имао тзв. „очинску власт" (*patria potestas*), која је подразумевала самостално старатељство над његовом законитом децом. Уколико отац није био у могућности да спроводи поменуто право, судови су били у обавези да одреде старатеља његовој малолетној деци. Полазећи од претпоставке да женски пол не поседује потребне способности за то, жене су генерално биле искључене из старатељства. Тек крајем XIX века је женски покрет почео да се мобилише против израженог искључивања жена из старатељства над сопственом децом. Додатно, драстично занемаривање младих је чинило реформе права још хитнијим. Законске могућности жена за преузимање старања о малолетницима су први пут биле проширене Првим законодавним амандманом на *ABGB*, из 1914. (1. Teilnovelle 1914). Овај рад ће се фокусирати на узроке који су довели до таквог проширења законских могућности за жене, у контексту поменутог првог амандмана.

Кључне речи: *Аустријски грађански законик из 1811. – Очинска власт. – Старатељство над малолетницима. – Први законодавни амандман. – Покрет за женска права.*

Рад приспео / Paper received: 26.5.2020.
Измењена верзија / Revised version: 25.11.2020.
Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 20.12.2020.

* Ауторка је истраживач и предавач на Правном факултету Универзитета у Бечу, Катедра за правну и уставну историју, и тренутно ради на докторској дисертацији, sarah.stutzenstein@univie.ac.at.

Овај рад је представљен на конференцији „Iustoria 2020: Законици и жене".

UDC 355.318.2-055.2(470)"1917/1920"

CERIF: T330, H250, H300

DOI: 10.51204/HLH_20207A

Jakub NOVÁK*

WOMEN OF THE LEGION: UNRECOGNISED MEMBERS OF THE FIRST CZECHOSLOVAK ARMY

This paper introduces the reader to aspects of service of women in the Czechoslovak legion in Russia and conditions under which they could have received status of a legionnaire after their return from Russia. This legal status was established in the year 1920 and was meant as a reward for those who served in any of the Czechoslovak military units in exile (the Czechoslovak legions) during the war and fought for independence from the Austro-Hungarian Empire, but was awarded almost exclusively to men. The paper analyses the legal reasons for this, which is later demonstrated on several specific cases.

Key words: *Czechoslovak legions. – Women in the army. – Status of a war veteran. – World War I. – Russian Civil War. – Czechoslovakia.*

1. INTRODUCTION

This paper aims to look into the legislation which determined the position of female members of the foreign branch of the Czech and Slovak anti-Habsburg resistance units after their return home from the World War I and Russian Civil War.

As it is necessary to have some insight into the history of the resistance and particularly its eastern military branch – the Czechoslovak legion in Russia – for understanding this issue, the first chapters will provide a brief exposition concerning these topics.

* Master student in 6th semester, Masaryk University, Faculty of law, Czech Republic, jakk.novak@mail.muni.cz.

Later chapters are going to be focused on the usual role of women in the Czechoslovak legion in Russia and legislation passed after the arrival of the legionnaires home to Czechoslovakia in the 1919 and 1920, especially on the act no. 462/1919 Sb. and governmental regulation no. 151/1920 Sb., and the resulting effect this had on the possibility of women being legally recognised as legionnaires. This will be done through examining those parts of these legal regulations which are the most disputable from the examined point of view.

In the end, I will try to apply the conclusions extracted from the previous chapters on specific cases (typical and atypical) to demonstrate the way in which the status of legionnaire was or was not awarded, and the reasons behind this.

2. ROAD TO THE CZECHOSLOVAK REVOLUTION

2.1. Czechs and Slovaks in the Austro-Hungarian Empire

At the beginning of the 20th century, Bohemian crownlands were a part of the Austrian half of the Austro-Hungarian Empire (Cisleithania), while Slovakia was under the Hungarian half (Transleithania).

For nations in Cisleithania it was possible to develop their own culture, language and even a limited autonomy was guaranteed. For Czechs, this was a result of the so-called national revival in the 19th century, which led to a rise of the Czech language, the establishment of Czech political parties and associations (most importantly *Sokol*, an association aimed at the development of physical education in combination with national self-awareness), and generally to a renewal of national consciousness. A logical consequence to this was an effort to gain autonomy for the former Lands of the Kingdom of Bohemia, which was historically amongst the main constituents of the Empire, becoming the most industrialised part of the whole monarchy in the second half of the 19th century. This call for autonomy was even amplified by the change from the centralised Austrian empire to the dualised Austro-Hungarian empire.[1]

Despite of what came after, at this time the Czech fight was purely political, and the nation was considered loyal.[2] The central government

1 Milan Mojžíš a kol., *Československé legie 1914–1920 [Czechoslovak Legions 1914–1920]*, Nakladatelství Epocha, Praha 2017, 6–7.

2 On the attitude of different Austro-Hungarian nationalities towards the war see: Richard Lein, *Between Acceptance and Refusal – Soldiers' Attitudes Towards War (Austria-Hungary)*, International Encyclopedia of the First World War 2014, https://encyclopedia.1914–1918-online.net/article/between_acceptance_and_refusal_-_soldiers_attitudes_towards_war_austria-hungary last visited on the 27th of February 2021.

tried to make concessions several times, but these efforts were regularly blocked by a considerable German minority living in the territory of the Bohemian crownlands, who feared this would lead to them losing their privileges.[3] This led to a growth in tension between the Czechs and the Germans, whose relationship was already strained, and it all culminated in the late 1930s[4] and after the World War II.

Until the beginning of the First World War, or The Great War, as it was called by some at the time, there was no considerable movement proclaiming an idea of an independent Czech (let alone Czechoslovak) state. The outbreak of the war was generally accepted amongst the population, although with a lack of enthusiasm which sprang from the sympathies felt for Serbia and Russia, fellow Slavic nations that were suddenly deemed enemies.[5]

It was not until the suspension of democratic institutions and national rights in the Empire in the month following the declaration of war, that the discontent started to grow among the population.[6]

For Slovaks, this period was very different. While Transleithania was democratic, the same as Cisleithania, the national policies were much tougher since the hegemony of Hungarians was considered the official policy.[7]

For this reason, Slovak national consciousness was systematically reduced[8] and even the Slovak national revival, similar to the one experienced by Czechs, could not stop this decline. Thus, when the war came, a great number of inhabitants of what is today Slovakia identified themselves as Hungarians.

As a consequence, Slovak resentment towards the Habsburg rule, for the major part, did not come from the domestic population, but from the national diaspora in the USA.[9]

3 Kevin J. McNamara, *Dreams of a great small nation: The Mutinuous Army that Threatened a Revolution, Destroyed an Empire, Founded a Republic, and Remade the Map of Europe*, PublicAffairs, New York 2016, 33 and 38–39.

4 Tim Bouverie, *Appeasing Hitler: Chamberlain, Churchill and the Road to War,* Vintage, London 2020, 231–257.

5 Michal Rak (ed.), *Boj s rakouskou hydrou: Deník legionáře Čeňka Klose [The Struggle with the Austrian Hydra: Diary of Legionnaire Čeněk Klos]*, Československá obec legionářská, Praha 2016, 13.

6 K. J. McNamara, 15–16.

7 *Ibid*. p. 37.

8 M. Mojžíš a kol., 6.

9 *Ibid*. 328.

2.2. Declaring the Fight for Independence[10]

Despite of the aforementioned silent acceptance of the war amongst the Czechs and Slovaks, a small group of politically active figures almost immediately started to prepare a fight for independence. This group was centred around the Czech philosopher, politician and university professor Tomáš Garrigue Masaryk,[11] who left abroad to gain international support for the idea. In 1915, he was joined by his former student Edvard Beneš and a Slovak scientist, at the time serving in the French air force, Milan Rastislav Štefánik.[12] At this point, it would be good to mention that at the beginning of the war, all three of them were fringe figures. Štefánik and Beneš were also largely unknown amongst the public.

On the home front, the resistance founded an illegal organisation called *Maffie*. Its main aim was to provide information for Masaryk and his movement abroad and to prepare a *coup d'état* in case the Entente armies entered Bohemian lands.[13]

As for Masaryk, he rallied Czech and Slovak immigrants, especially in the USA, Russia, France and Switzerland, and gradually persuaded most of the leading politicians of the Entente to support the idea of dissolution of Austria-Hungary.[14] The one exception from this were the British, who never saw this action as stabilising for the Central European region.[15] Their voice was, however, left unheard, as another branch of the Czech and Slovak resistance gained international prestige and thus wide support of the public across the Entente powers – the Czechoslovak legions.

3. CZECHOSLOVAK LEGIONS

Before the resistance established *Maffie*, even before Masaryk left his homeland to start his mission, there were groups of Czech and Slovak ex-

10 More on the topic of the political branch of the resistance e. g.: Ivan Šedivý, *Češi, České země a Velká válka [Czechs, Czech Lands and The Great War]*, Nakladatelství lidové noviny, Praha 2014, 175–192.

11 K. J. McNamara, 18–23.

12 M. Mojžíš a kol., 370.

13 *Ibid*. 380.

14 Úmluva mezi italskou vládou a Československou národní radou o uznání samostatné čs. armády v Itálii, Řím, 21. dubna 1918 [Convention between the Italian Government and the Czechoslovak National Council on the Recognition of the Independent Czechoslovak Army in Italy, Rome, 21st April 1918], Ministerstvo zahraničních věcí České republiky 2018, *https://www.mzv.cz/jnp/cz/zahranicni_vztahy/verejna_diplomacie/vyroci_2018/rok_1918/umluva_mezi_italskou_vladou_a.html* last visited on the 2nd of August 2020.

15 K. J. McNamara, 169.

iles who saw the war as an opportunity to gain wider autonomy or, hopefully, even independence for their respective homes (Lands of the Bohemian Crown and Slovakia). They began rallying in the Entente countries and demanded the right to fight against the central powers.[16]

From these efforts sprang the first units of (at the time mostly Czech) volunteers in France (*Rota Nazdar* – 341 Czechs, 2 Slovaks),[17] Russia (*Česká družina* – 744 Czechs, 266 Russians)[18] and Serbia (several smaller units).[19] Except for the Serbian unit, these grew in numbers and in 1917, after seeing their successes (especially on the eastern front), even the Italian government backed and allowed Czechoslovaks to create volunteer units in their army.[20] The number of soldiers in the Czechoslovak army reached almost one hundred thousand men.[21]

Another thirty thousand Czechs and Slovaks joined the American army and one thousand the British and Canadian army, but as these were not separate Czechoslovak units, their members were not called 'legionnaires' during the war (even though they received legal legionnaire status after the war).[22]

While legions in France and Italy played an important part in the fight for Czechoslovak independence, their impact on the topic of this paper was minimal to none and so they will not be described further.

3.1. Czechoslovak Volunteers in Serbia

Even though not strong in numbers (around 1500 people), the Czech community in Serbia was very active, establishing many cultur-

---

16 Edmund Orián a kol., *Československá legie v Rusku: Díl I. [Czechoslovak Legion in Russia: Part I],* Nakladatelství EPOQUE 1900 a NAŠE VOJSKO, Praha 2014, 12–13.

17 Karel Straka, Rota Nazdar: nejen o památném boji z 9. května 1915 [Company Nazdar: Not Only about the Memorable Fight of the 9th of May 1915], Vojenský historický ústav Praha 2013, *http://www.vhu.cz/rota-nazdar-nejen-o-pamatnem-boji-z-9-kvetna-1915/* last visited on the 31st of July 2020.

18 M. Mojžíš a kol., 46.

19 Tomáš Jakl, Čeští dobrovolníci v Srbské armádě za první světové války [Czech Volunteers in the Serbian Army during World War I], Vojenský historický ústav Praha 2016, *http://www.vhu.cz/cesti-dobrovolnici-v-srbske-armade-za-prvni-svetove-valky/* last visited on the 31st of July 2020

20 Karel Straka, Čs. Jednotky za první světové války v Itálii měly až 20 000 vojáků [Czechoslovak Units in Italy during the World War I Had up to 20 000 soldiers], Vojenský historický ústav Praha 2013, *http://www.vhu.cz/cs-jednotky-za-prvni-svetove-valky-v-italii-mely-az-20–000-vojaku/* last visited on the 7th of August 2020.

21 M. Mojžíš a kol., 7.

22 *Ibid*. 300, 306 and 338.

al societies (*Lumír*, *Havlíček*) and even a local branch of the aforementioned *Sokol*.[23]

With the imminence of war, a smaller part of the community left for Austria-Hungary, to be ready to serve in the army, while a larger part showed its sympathies for Serbia and a willingness to help in case of a defensive war (e.g. the property of Czech societies was donated to the Serbian Red Cross).[24]

Drafting soldiers of the Czech nationality (Slovaks were not considered at this point) from the POW camps was very limited, since Serbia, fighting for its very survival, did not have the capacity to work out the plan for their recruitment.[25]

This situation changed after the fall of Serbia and recreation of the Serbian army on the eastern front. At that moment, Serbians were willing to accept Czech volunteers even from prisoner camps. Even though it was possible for them to join Czech units in the Russian army, this was heavily obstructed by the Russian government until the battle of Zborov, while volunteering at the Serbian army in exile was way easier. Thus, most of the Czech POWs willing to join the fight for the Entente on the eastern front went to this army and were reassigned to the Czechoslovak legion in Russia later.[26]

3.2. Czechoslovak Legions in Russia

The story of the legion in Russia is both the most interesting and most important for the topic of this paper as it was the Russian civil war, where the Czech volunteers had to fight in the worst conditions and against the worst odds, which led them to use all resources as effectively as possible, human resources included. Because of this it will be analysed in more detail in comparison with legions in other countries and on other fronts.

3.2.1. Česká Družina

Unlike Serbia, Russia was one of the two target nations for Czech and Slovak exiles (the second one was the USA).[27] This brought great potential

23 *Ibid*. 194.

24 *Ibid*. 194 and 198.

25 Tomáš Jakl, Čeští dobrovolníci.

26 E. Orián a kol., 21–22.

also: One such example is Jan Sergěj Ingr, who would later become a general and Minister of National Defence in exile during the Second World War. See his page in the legionnaire database: *http://vuapraha.cz/soldier/19138948*

27 Dalibor Vácha, *Bratrstvo: Všední a dramatické dny československých legií v Rusku [Brotherhood: Everyday and Dramatic Days of Czechoslovak Legions in Russia],* Nakladatelství Epocha, Praha 2015, 16.

for forming volunteer units. At the same time, the local Czech community in Russia was afraid of persecution due to its members being subjects of an enemy nation and thus needed to convincingly show allegiance to Russia and the Russian tsar.[28]

This caused Czech compatriot associations to encourage volunteers to join the Russian army. As a result, on the 11th of October 1914 (the 28th of September by the Julian calendar used in the Russian empire at the time) a unit of 720 soldiers took an oath creating the so called *Česká družina* („Czech company"), a unit consisting almost entirely of Czechs.

However, due to their low numbers at the time, *Družina* was not used as a standard fighting unit. Instead, thanks to their knowledge of languages spoken in the enemy armies (German, Czech etc.) its members were used for reconnaissance, diversion, spreading pro-desertion propaganda amongst Slavs in the Austro-Hungarian army and as translators.[29] This had not changed for some time, since the recruitment from the ranks of Czech and Slovak POWs, although allowed since 1915, was strongly limited.[30]

This practice was typical for Czech units in Russia up to the February revolution in 1917 and the end of the monarchist regime. The new government was struggling with demoralisation of the exhausted Russian army and was willing to use volunteer units more effectively, as their will to fight was at much higher levels.[31] This led to the first appearance of the Czechoslovak riflemen brigade in Russia as a single unit in battle – the battle of Zborov.

3.2.2. From the Battle of Zborov to the Battle of Bachmač [Bakhmach]

The Provisional government of Russia attempted to restore the rapidly falling morale of the army by launching a new offensive in the beginning of summer of 1917 – the so-called July or Kerensky offensive (by the name of the contemporary prime minister Alexander Kerensky).[32]

Due to the mentioned low morale, units that volunteered were used in the first place during the offensive. One of those was also the Czechoslovak rifle brigade, which succeeded the *Česká družina* and at the time

28 *Ibid*. 18–21.

29 E. Orián a kol., 15.

30 Daniela Brádlerová, *Vojáci nebo podnikatelé? Hospodářské a finanční activity československých legií během jejich anabáze v Rusku a na Sibiři [Soldiers or Businessmen? Economic and Financial Activities of the Czechoslovak Legions during their Anabasis in Russia and Siberia]*, Nakladatelství Academia a Masarykův úřad a Archiv AV ČR, Praha 2019, 24.

31 K. J. McNamara, 130–131.

32 *Ibid*.

already counted more than 3500 members. Since its fighting capabilities were not yet certain, it was supposed to lead only a relieving attack near the village of Zborov.[33]

Czech and Slovak soldiers, used for unconventional reconnaissance tactics to cross the no man's land, proved themselves useful when they broke through three lines of trenches and defeated the enemy who was superior both in numbers and the equipment, despite the command's expectations.[34]

This limited success could not save the disastrous offensive, but brought the legions to international recognition both in the Entente and Central Powers countries – the following investigation in the Austro-Hungarian army (its command suspected Czech units of retreating from the battle with the legionnaires intentionally without putting up a fight) inadvertently pointed out the existence of Czechoslovak legions to the population back in Bohemian lands.[35] As a result, the Russian government lifted all restrictions from recruitment into the legion, and the international community started to support the idea of an independent Czech or Czechoslovak state, which was invaluable for the political branch of the resistance.[36]

By the time the Bolshevik revolution hit Russia and started the civil war, the legion already consisted of more than 40 000 members.

In this turbulent situation, it was decided that the legion would be evacuated to France and continue its fight there and until then it will not get involved in the civil war. At first, a small number of soldiers left through Archangelsk,[37] but when the winter made that way impassable, the Czechoslovak national council negotiated with the Bolsheviks and secured safe transport through Siberia to Vladivostok, where the legion was supposed to board ships and get to France around the world. The price for this was the continuing neutrality of the legion in the civil war and the surrender of most weapons in Penza.[38]

However, at that moment most of the legion was still situated in Ukraine. This was after the Bolshevik government signed the peace of Brest-Litovsk but before it came into effect. Because of this, Austro-Ger-

---

33 E. Orián a kol., 24.

34 M. Mojžíš a kol., 62.

35 Výstava ke stému výročí bitvy u Zborova [Exhibition dedicated to the 100th anniversary of the Battle of Zborov], Vojenský historický ústav Praha 2017, *http://www.vhu.cz/vystava-ke-stemu-vyroci-bitvy-u-zborova/* last visited on the 1st of August 2020.

36 K. J. McNamara, 133.

37 E. Orián a kol., 25.

38 M. Mojžíš a kol., 82.

man forces were still advancing into Russian territory and were threatening to encircle and capture the legion. They caught up with them near the railway hub of Bachmač [Bakhmach].

Here, for the first and last larger battle, the legion joined forces with the Red Army and managed to hold enemy forces at bay long enough to safely evacuate the whole army corps.[39]

The battle of Bachmač [Bakhmach] was supposed to be the final battle of the legion on the East, but the path of history was way different.

3.2.3. The War in Siberia and the Return Home

After surrendering most of their weapons, the military transport trains carrying the legion entered Siberia, but very soon, the army found itself stretched along the whole Trans-Siberian railway. Soon after, the transports have stopped.

This was mostly caused by the ongoing civil war in combination with the Bolshevik government being obliged to repatriate all of POWs of the Central Powers.[40]

The delay, along with a lack of supplies and the constant presence of communist agitators trying to convince legionnaires to join the Bolshevik cause, led to growing tension between the legion and the Red Army.[41]

The fragile relationship finally collapsed on the 14th of May 1918 in what is known as the Chelyabinsk incident.[42]

The Branch of the Czechoslovak national council in Russia tried to calm the situation down, but the damage was done and on the 23rd of May People's Commissar of Army and Navy Affairs Leon Trotsky issued a telegram which ordered local soviets to either incorporate the legionnaires into the Red Army or arrest them and put them to use as labour force.[43] From the legion's point of view, this was considered an effective declara-

39 E. Orián a kol., 29.

40 M. Mojžíš a kol., 82.

41 D. Brádlerová, 35.

42 While a part of the legion was waiting on the platform of the Chelyabinsk railway station, a piece of metal was thrown from a passing train carrying Austro-Hungarian POWs. This hit rifleman (private) František Ducháček in the head, causing him to fall unconscious. The rest of the legionnaires managed to stop the train and find the perpetrator, who was promptly executed. A delegation of Czechoslovaks then went to the local soviet to explain the situation but were immediately arrested. The same happened to an officer sent to negotiate their release. This led to a revolt, in which legionnaires occupied the armoury, city soviet and prison, released their comrades and then retreated back to the railway station. See: D. Brádlerová, 38–39.

43 *Ibid*. 39.

tion of war and so it was decided that the road to Vladivostok shall be opened by force if needed.[44]

In several weeks' time, the fragmented legion was able to reunite and control the whole railway from the Volga river to Vladivostok. While the original plan was just to open the way and leave war torn Russia, the Entente had other plans – the legion was to become a vanguard of an international intervention force against the revolutionaries.[45]

At this moment, all the abilities of the Czechoslovak army in Russia were to be tested. It was underequipped and its numbers, slowly growing to almost 60 000 members,[46] were absolutely not comparable with the Red Army, even when joined with allied White armies. Also, not only fighting skills were needed, as in the turmoil of civil war, the legion had to maintain its own economy, healthcare, repair facilities and handle many more non-military aspects that usually stand behind an army. Because of this it had to put all available forces to their best use – pre-war bankers and economists were put in charge of banks or sent to Japan and China to trade, pre-war engineers were in charge of Siberian factories and mines, etc.[47] And because their numbers were few, this is also the first time we see the activity of women in the Czechoslovak army. Although they still mostly held positions of support staff, e. g. sisters of mercy (contemporary name for nurses), we can find exceptions.[48]

Surprisingly, the legion was able to hold the gained territory for several months, and even expand it up to the city of Kazan for a time.[49] This success impacted even the war in Europe, as hundreds of thousands of POWs who were supposed to return to Central Powers states were delayed and thus could not join the fighting before the end of the war.[50]

44 E. Orián a kol., 31.

45 M. Mojžíš a kol., 94.

46 Tomáš Jakl, Evakuace československých vojáků z Vladivostoku [The Evacuation of Czechoslovak Soldiers from Vladivostok], Vojenský historický ústav Praha 2013, *http://www.vhu.cz/evakuace-ceskoslovenskych-vojaku-z-vladivostoku/* last visited on the 3[rd] of August 2020.

47 This complicated topic is analysed in the already mentioned book: Daniela Brádlerová, *Vojáci nebo podnikatelé? Hospodářské a finanční activity československých legií během jejich anabáze v Rusku a na Sibiři [Soldiers or Businessmen? Economic and Financial Activities of the Czechoslovak Legions during their Anabasis in Russia and Siberia]*, Nakladatelství Academia a Masarykův úřad a Archiv AV ČR, Praha 2019.

48 Such as Božena Seidlová, who gathered intelligence about the positions and strength of both the Bolshevik army and the Czechoslovak corps, and forwarded it to various groups of the Czechoslovak Legion, effectively acting as an intelligence agent and messenger. More on her story in: Božena Seidlová Holečková, *Přes bolševické fronty [Across the Bolshevik Fronts]*, Nakladatelství Památníku odboje, Praha 1923[4].

49 E. Orián a kol., 35–36.

50 M. Mojžíš a kol., 86.

However, the lack of promised help from the Entente, worsening conditions and witnessed atrocities started to undermine the morale, and a general reluctance to fight the Bolsheviks was soon spreading through the legion. The legionnaires did not see the Russian civil war as their own and did not wish to risk their lives in it,[51] especially since they volunteered to fight for establishing independent Czechoslovakia, which was done on the 28th of October 1918.

This, in combination with the collapse of the anti-Bolshevik front on the border of Siberia, led to the final decision to evacuate the legion back to Europe. This was done from 1919 to late 1920 through Vladivostok, with the last transport arriving in Europe in November of 1920, two years after the ceasefire in the Great War.[52]

3.3. The Fate of the Legions

After their return, the legionnaires were praised as national heroes and thus gained many benefits,[53] even though sometimes this was at the expense of veterans of the Austro-Hungarian army, who did not join the resistance before the end of war.[54] They also gained high ranks in the Czechoslovak army and fought in the so called „wars of integrity" with Poland and Hungary.[55]

During the period of the First Czechoslovak Republic (1918–1938) legionnaires formed the core of a new Czechoslovak army and other security forces (gendarmerie, police etc.).

The fame of legions had ended with the First Czechoslovak Republic, as both the Nazi and the communist regimes were seeking to erase the

51 *Ibid*. 102.

52 D. Brádlerová, 79–87.

53 Although many times these were limited to half-hearted political gestures, especially as the initial enthusiasm arising from the independence waned.

See e.g. Jan Michl, *Legionáři v Československu [Legionnaires in Czechoslovakia]*, Nakladatelství NAŠE VOJSKO, Praha 2009.

or Katya Kocourek, *Čechoslovakista Rudolf Medek [Czechoslovakist Rudolf Medek]*, Mladá fronta, Praha 2011, 142–152.

54 See Adam Luptak, *Veterans of the Great War in Interbellum Czechoslovakia* [doctoral thesis], supervisor: Robert Evans, University of Oxford 2020.

55 Tomáš Kykal, Válka o Slovensko v roce 1919 [War for Slovakia in the Year 1919], Vojenský historický ústav Praha 2019, *http://www.vhu.cz/valka-o-slovensko-v-roce-1919/* last visited on the 7th of August 2020.

and Tomáš Jakl, Karel Straka, Před sto lety: československo-polské boje o Těšínsko [A Hundred Years ago: Czechoslovak-Polish Fights for the Cieszyn Region], Vojenský historický ústav Praha 2019, *http://www.vhu.cz/pred-sto-lety-boje-o-tesinsko/* last visited on the 7th of August 2020.

legacy of the legionary movement from Czech and Slovak history and the modern Czech and Slovak republics have only recently started to restore legionnaires to their place in history, honouring both the benefits and damages their actions brought.

4. WOMEN IN THE LEGION

It is very difficult to find out the exact number of women serving with the legion, since none of the legionnaire databases allow a search based on sex or any other way, to determine the sought number.[56] However, the *Muzeum československých legií* [Museum of Czechoslovak Legions] attempted to get the number when it published a short memento dedicated to women serving with the legion in Russia on its Facebook profile.[57] The final number found was 99, but this is only an approximate number, as the method they used (searching for surnames with the typical Czech female suffix *–ová*) was not suitable for finding all of the women, nor was it expected to do so.

Even though Czech society was quite progressive in the area of women's rights (e.g. even the first Czechoslovak constitution, the Constitution of 1920, contained suffrage for women),[58] the idea of women serving in the army directly was still too far ahead of its time,[59] but we can find

56 There are two official databases of legionnaires.

http://www.vuapraha.cz/fallensoldierdatabase – the first one is run by the *Vojenský ústřední archiv* [Central Military Archive]. It is older, not as nice as the second one and contains a bit less information, yet it is backed by the Ministry of Defence and thus it seems more valid from the outside.

http://legie100.com/krev-legionare/ – the second one is run by the *Československá obec legionářská* [Organisation of Czechoslovak Legionnaires]. Originally it contained the same information as the aforementioned one, but it is being constantly expanded, thus at the moment many entries contain photos or other details about the individuals described. On the other hand, it is not supported by any such strong authority as the first one, and it has its own flaws (e.g. extreme case sensitiveness).

57 See: *https://www.facebook.com/Muzeumlegii/photos/a.2280923871993305/2773026466116374/?type=3&theater*

58 „All citizens of the Czechoslovak Republic, regardless of gender, who have exceeded the age of 21 and meet the other conditions of the Rules of Election to the Chamber of Deputies have the right to vote in the Chamber of Deputies." § 9 zákona č. 121/1920 Sb. kterým se uvozuje ústavní listina Československé republiky [Act no. 121/1920 Coll. introducing the Constitutional Charter of the Czechoslovak Republic, Art. 9].

59 This changed during World War II with the creation of the Czechoslovak Army in exile in the USSR.

The topic of women in Eastern Europe during the world wars is generally less covered, but some insight is provided by e. g. Maria Bucur and Nancy M. Wingfield

records about them serving at least with the army (not as its integral part, with one exception, which will be described later) since the 1918.

Through exploring the database, I was able to confirm that the absolute majority of women served as nurses in field hospitals, and later on even in full-fledged rear hospitals – since the revolt against the Bolsheviks began, hospitals were gradually established in the controlled cities, first of them being in Chelyabinsk and the others following soon after.

The need for them arose especially after the fall of the monarchy, when the Russian medical staff, originally assigned to the Czechoslovak unit, fled.[60] Since 1918 we can find nurses serving with the legion, even wearing signs of Czechoslovak organisations on photographs,[61] although the majority of merciful sisters were still of Russian or other allied nationalities (e.g. Japanese), who were only rarely considered part of Czechoslovakian units in Russia and thus there are not many entries about them in the archives.

Generally, the hospitals set up by Czechoslovaks, and their respective staff, including its female members, enjoyed respect of the soldiers, as opposed to the local Russian hospitals.[62]

Next to women serving in the field of healthcare, we can come across several individuals who by coincidence ended up doing specific tasks or serving the cause of the Czechoslovak movement in unusual ways. This includes females serving as reconnaissance, messengers[63] or being admitted into the army ranks virtually illegally.[64] Even though these formed only a minority, the abnormality of their cases makes them ideal for analysing the effect of the examined legislature.

5. LEGAL STATUS OF A LEGIONNAIRE

After the establishment of free Czechoslovakia, it became necessary to find a way to reward those who risked their lives and honour for the idea of independence.[65]

(eds.), *Gender and War in Twentieth Century Eastern Europe*, Indiana University Press, 2006.

60 Dalibor Vácha, *Ostrovy v bouři: Každodenní život československých legií v ruské občanské válce [Islands in the storm: Everyday life of Czechoslovak Legions in the Russian Civil War]*, Nakladatelství Epocha, Praha 2016, 211–213.

61 E.g. E. Orián a kol., 292, obr. č. 537.

62 D. Vácha, 216.

63 E. g. aforementioned Božena Seidlová – *http://legie100.com/krev-legionare/94020/*

64 E. g. Věra Gatti – *http://legie100.com/krev-legionare/25616/* – see more later in the text.

65 M. Mojžíš a kol., 448.

A system was soon adopted, by which legionnaires were to receive special pension as well as privileges in the civil service. In practice, this meant that they were prioritised when applying for positions in the army, gendarmerie, police or other state controlled services, had priority in promotions, and every year of service in the legions counted as three years in civil service when it came to ranks and salary.[66] From a certain point of view, this could be seen as an injustice, as a thirty-year-old police officer serving for eight years was treated equally as a twenty-three-year-old novice who served for three years in the legion.

At this point, it was necessary to legally distinguish who was a legionnaire and who was not, so that it would be possible to distribute the benefits effectively.[67] In 1919 and 1920 the act no. 462/1919 Sb. and the governmental regulation no. 151/1920 Sb. were issued, determining who was considered a legionnaire. This regulation strictly defined a legionnaire as a person who applied to „join the Czechoslovak revolutionary army before the 28th of October 1918 and served until this date"[68] and who had done so „voluntarily, immediately and unconditionally, to serve wielding a weapon".[69] Though there were more conditions present and even some exceptions existed, these two are going to be the ones important for the topic of this paper. The first one as the most questionable from the contemporary point of view (since many who fought in Russia joined later

66 Jan Michl, *Legionáři v Československu [Legionnaires in Czechoslovakia]*, Nakladatelství NAŠE VOJSKO, Praha 2009, 30.

67 M. Mojžíš a kol., 448.

68 „*A legionnaire is any volunteer of the Czechoslovak Legionary (Revolutionary-Foreign) Army who was included in it on the basis of an application made to the competent authority or representative of the Czechoslovak National Council in Paris or one of its branches no later than October 28, 1918*, completely voluntarily, without any coercion, or an order of the Czechoslovak National Council or another Czechoslovak revolutionary body given the authority, and on the day of the coup, i.e. October 28, 1918, actually served in it according to his assignment – or who credibly proves that for reasons not depending on his power and will, could not be present on that day in the place of the relevant enlisting and assigning Czechoslovak military authority for assignment – or who was duly released from it." § 2 zákona č. 462/1919 Sb. o propůjčování míst legionářům [Act No. 462/1919 Coll. on granting jobs to legionnaires, Art. 2].

69 „*Service in the legions begins if there is a written application, by which one voluntarily undertook immediately and unconditionally, with a weapon in hand, to fight for the liberation of the Czechoslovak nation, on the date of this application*; the application can be substituted by a letter of confirmation issued by authorities entitled to accept applications– confirming that the legionnaire duly registered with them." Vládní nařízení č. 151/1920 Sb., jímž se provádí zákon ze dne 24. Července 1919 č. 462 Sb. z. a n., o propůjčování míst legionářům [Governmental Regulation No. 151/1920 Coll., Which implements the Act of the 24th of July 1919 No. 462 Coll. z. a n., on granting jobs to legionnaires, Art. 2].

and still considered themselves legionnaires) and the second one as the piece of legislation which indirectly excluded women from gaining legionnaire status.

There were several exceptions to both rules. Joining before the 28th of October 1918 could be bypassed by proving that the applying person wanted to join the legion, but was unable to do so because of reasons beyond their means.[70] Leaving before the specified date was excusable if the person was duly released prior to that.[71] As for serving with a weapon, it was obvious that some members of the legion would not be able to fulfil this condition because of their service as doctors, teachers, propagandists etc. Because of this, the governmental regulation no. 151/1920 Sb. included article 5 drafted specifically for these situations. This article stated that some kinds of service, explicitly marked as such by the competent authorities, are considered equal to the service in arms (with a weapon), but only if a person applied for service with a weapon first.[72]

These two conditions are an understandable reaction of the legislator to the difficult situation which occurred after the war. Firstly, many POWs, especially in Italy, applied for the Czechoslovak army after the establishing of the republic, as this was the fastest way to leave Italian prisoner camps and get home to fight in wars for integrity (these soldiers were later called „Militia battalions" so that they could be distinguished from Italian legionnaires),[73] so it wasn't seen as fitting to award them with the status, since they had joined only formally. Secondly, many labour battalions existed in the legion in Russia, whose members, however, did not bear the risk of

70 „*... or who credibly proves that for reasons not depending on his power and will, could not be present on that day at the place of the relevant enlisting and assigning Czechoslovak military authority for assignment* – or who was duly released from it." Zákon č. 462/1919 Sb. o propůjčování míst legionářům [Act No. 462/1919 Coll. on granting jobs to legionnaires, Art. 2].

71 „... or who credibly proves that for reasons not depending on his power and will, could not be present on that day at the place of the relevant enlisting and assigning Czechoslovak military authority for assignment – *or who was duly released from it*." Zákon č. 462/1919 Sb. o propůjčování míst legionářům [Act No. 462/1919 Coll. on granting jobs to legionnaires, Art. 2].

72 „The service in arms is equated with political, promotional, defence service, teaching, etc., if an explicit provision of the competent authorities of the foreign movement (i.e. the Czechoslovak National Council in Paris and its branches and offices in Russia, Italy, America and England) declared it as such, *but only if the person concerned applied for service in arms within the meaning of Article 2 of this Regulation*." Vládní nařízení č. 151/1920 Sb., jímž se provádí zákon ze dne 24. Července 1919 č. 462 Sb. z. a n., o propůjčování míst legionářům [Governmental Regulation No. 151/1920 Coll., Which implements the Act of the 24th of July 1919 No. 462 Coll. z. a n., on granting jobs to legionnaires, Art. 5].

73 M. Mojžíš a kol., 284.

being marked traitors (they were considered only working POWs) and so they were not to receive the benefits awarded to legionnaires either. Finally, an opinion which played an important role was that desertions from the legion, which occurred especially in Russia (soldiers defecting to the Red Army)[74] should be somehow punished, or at least not rewarded.

In the end, however, these regulations created a situation where many of those who served in the legion were not considered legionnaires (generally this meant members of the legion in Russia volunteering after the 28th of October 1918), and on the other hand many receiving legionnaire status although they did not actually serve in the legion (usually Czechs and Slovaks serving in other Entente armies, especially the US army). Even though there was no dispute about granting the status to soldiers fighting in other Entente armies, albeit not directly under the legion, there were voices objecting the fact that men who fought for almost two years against the Red Army were excluded from gaining the status,[75] even though they took part in gaining bargaining advantage for the Czechoslovak delegation at the Versailles peace conference.[76]

This dispute largely overshadowed the fact that the law indirectly discriminated women, taking any chance to apply for the legionnaire status and benefits from them (although, truth be told, many of the benefits were not even suited for women – e.g. posts in the army).

This was caused by the fact that women were not even considered for armed service and thus it was not possible for them to join the legion the way article 2 of the regulation no. 151/1920 Sb. expected legionnaires to, thus their status was officially suspended.[77] It was not even possible to use the art. 5 of this regulation, because it still required enlistment to fight with a weapon based on the condition in art. 2, and this kind of service was still by default out of reach for women. The fact that women were not considered legionnaires from the legal point of view due to the construction of this legislation and the contemporary law is a logical deduction based on the aforementioned information. Originally, my intent was to use this conclusion as a result of my research. Recently, though, I have found this explicitly written in the entries of several women in the database as a reason for not being considered a legionnaire.[78]

74 J. Michl, 16.

75 *Ibid*.

76 D. Brádlerová, 67–68.

77 They were declared „Not a legionnaire according to act no. 462/1919 Sb. z. a n." the same way as soldiers entering service after the 28th of October 1918. Cf. documents of First Class Sergeant Josef Střebovský and merciful sister Anežka Kašparová.

78 E. g. Anežka Kašparová – *http://www.legie100.com/krev-legionare/37569/*

I was not able to find any reports about women objecting to the legislation and thus I assume that they either did not try to change this and accepted it as a fact, or the objections were not effective enough for any records to have been preserved.

In the end, due to general passivity and absence of any associating organisation, the women serving with the legion were sidelined and remained outside of the limits of official or public concern.

6. DEMONSTRATIVE AND SPECIFIC CASES

6.1. Merciful Sister Anežka Kašparova, the General Example

With merciful sister Anežka Kašparová[79] we can see a typical case of a Czech woman serving in the legion even before the 28th of October 1918, thus before the limiting date which is stated by act no. 462/1919 Sb.

From her entry in the database, we can find out that her service was not long, but officials back home still considered it important to look into her records and determine if she was to receive status of a legionnaire and if not, why. Because of this we can see explicitly stated that she was not eligible because of lack of service „with weapon", thus the aforementioned art. 2 of regulation no. 151/1920 Sb. came into effect here.

Therefore, in her case we see the general answer of the official resolution to the issue of women serving with the legion.

6.2. Božena Seidlova, the Messenger

Božena Seidlová[80] was born in Prague in 1897, but in 1918 she lived in Chisinau in Moldavia. Here she was tasked by a Czechoslovak officer, cut off from the rest of the legion by the Red Army, to deliver a message to the Czechoslovak forces and find out their exact location.

He expected this to be a relatively simple journey by train, as he thought that the legion is to be found around Penza.[81]

From her published diary, we know that she had to travel up to Stavropol (near Samara, more than 300 kilometres east from Penza) to find the Czechoslovak army.[82] There, after delivering the message and a few

79 *Ibid*.

80 Božena Seidlová Holečková, *Přes bolševické fronty [Across the Bolshevik Fronts]*, Nakladatelství Památníku odboje, Praha 1923[4]. – book version of Seidlová's diary.
Also entry in the database: *http://legie100.com/krev-legionare/94020/*

81 B. Seidlová Holečková, 12.

82 *Ibid*. 37.

days of rest, she volunteered to go back with a reply[83] and was able not only to get back to Chisinau, but also to turn around and find the legion again, this time at Abdulin.[84]

After that, it was decided that the fourth journey would be too dangerous and so she travelled to Czechoslovakia with the rest of the army through Vladivostok.

From memories of Czechoslovak soldiers in the legion who mention her in written memoirs, we can see that she was popular and respected among them – *She is a true sister coming to her brothers. We all loved sister Boženka.*[85] This text, a part of a preface written by František Langer, a legionnaire, for a book release of her diary, not only shows the positive feelings the soldiers had for her, but also points out an important detail of how the soldiers perceived her. The legionnaires were used to calling each other brother, a custom inherited from the Sokol movement. To call someone openly „a sister" meant that she was considered one of them, member of the legion and their social group.

Nevertheless, even this woman has her documents marked by an austere stamp „Not a legionnaire...".[86] Since most of her documents were stolen from the archive in 1946,[87] the reason for this is not confirmable at the moment, but given the fact that she fulfils all the other conditions, it makes sense to assume that it was again because of the lack of service with a weapon (art. 2 of regulation no. 151/1920 Sb.).

6.3. Věra Gatti, the Rifleman Merciful Sister

Věra Gatti[88], a Russian student of philosophy, joined the legion as a volunteer on the 5th of September 1918 after completing a three months long nursing course. It is essential to point out that her joining was illegal – she joined the 1st rifleman regiment of the legion directly, being allowed to do so by the commander of the regiment. Since recruiting nurses was not within his authority, she joined as a „rifleman merciful sister" (rifleman was the contemporary name for the rank of private), thus being officially considered a soldier.[89]

83 *Ibid.* 47.

84 *Ibid.* 139.

85 *Ibid.* 3.

86 VUA Praha, fond Kancelář československých legií, kartotéka – K [Documents from the Central Military Archive, Prague].

87 Legionnaire database – *http://legie100.com/krev-legionare/94020/*

88 Legionnaire database – *http://legie100.com/krev-legionare/25616/*

89 VUA Praha, fond Kancelář československých legií, kartotéka – K.

This conduct sparked a dispute between the commander of the 1st rifleman regiment and medical chief of the army, who considered this as interference with his authority. The situation was resolved by rifleman Gatti joining the legion again on the 13th of June 1919, this time officially and correctly, i.e. only as a nurse and with permission of the medical chief.[90]

From other documents pertaining to this case we can find out that on the 27th of July 1919 she received praise from the commander for „heroic medical aid in battle" and also that she was discharged from the legion on her own request on the 21st of December 1919.[91] I was not able to find out anything about the life she led after leaving the army, but as interesting as it could have been, it is not as important for the purpose of this paper as her theoretical legal position.

Her documents are remarkable in one more aspect – she is not marked as „Not a legionnaire..." in them.[92] This could be just a mistake of the clerk, but given the thoroughness with which the other women were marked and her specific way of joining the legion, it is more likely that from the legal point of view this was actually impossible, as she met the requirements of receiving the status of legionnaire – she had joined the legion before the 28th of October 1918, did not leave before this date and thanks to the improvised way she was recruited, she actually volunteered (on paper) to serve with a weapon, thus even receiving a military rank. By this, she fulfilled the conditions expected from the exception offered by the art. 5 of regulation no. 151/1920 – although she did not serve with a weapon in the end, she volunteered to do so (at least from the official point of view) and thus there was no reason not to use this legal instrument.

Because of this coincidence, Věra Gatti may be the only officially recognised female legionnaire, though it is unknown (and highly improbable) that she has ever drawn any of the benefits arising from this status.

CONCLUSION

Although I have been able to determine the main legal requirements for women to receive status of a legionnaire, these have turned out to be indirectly discriminatory to the point that it was practically impossible for a common female serving with the Czechoslovak legion in Russia to fulfil them.

90 *Ibid.*

91 *Ibid.*

92 *Ibid.*

With this in mind, I was able to briefly describe the position of women serving the Czechoslovak cause during the World War I on the Eastern front and especially during the Russian civil war. This was due to the legislation, specifically act no. 462/1919 Sb. and governmental regulation no. 151/1920 Sb., which introduced the legal status of a legionnaire under conditions which were not reachable for women under normal circumstances – they were required to apply to join the legion serving with a weapon, which was not possible for women at the time. I was also able to identify several specific cases which demonstrate both the general and unusual service of women with this army. During this I was also able to identify a nurse who, due to a particular set of circumstances, is probably actually the only legally recognised Czechoslovak female legionnaire.

This paper aimed to offer basic insight into this yet unexplored topic and open the field for further research, which, in my opinion, should be aimed at exploring the individual cases in more detail, especially the unusual ones, such as those of Božena Seidlová and Věra Gatti.

BIBLIOGRAPHY

PRIMARY SOURCES:

Úmluva mezi italskou vládou a Československou národní radou o uznání samostatné čs. armády v Itálii, Řím, 21. dubna 1918 [Convention between the Italian Government and the Czechoslovak National Council on the Recognition of the Independent Czechoslovak Army in Italy, Rome, the 21st of April 1918], Ministerstvo zahraničních věcí České republiky 2018, *https://www.mzv.cz/jnp/cz/zahranicni_vztahy/verejna_diplomacie/vyroci_2018/rok_1918/umluva_mezi_italskou_vladou_a.html* last visited on the 2nd of August 2020.

Vládní nařízení č. 151/1920 Sb., jímž se provádí zákon ze dne 24. Července 1919 č. 462 Sb. z. a n., o propůjčování míst legionářům [Governmental Regulation No. 151/1920 Coll., Which implements the Act of the 24th of July 1919 No. 462 Coll. z. a n., on granting jobs to legionnaires].

VUA Praha, fond Kancelář československých legií, kartotéka – K.

Zákon č. 121/1920 Sb. kterým se uvozuje ústavní listina Československé republiky [Act no. 121/1920 Coll. introducing the Constitutional Charter of the Czechoslovak Republic].

Zákon č. 462/1919 Sb. o propůjčování míst legionářům [Act No. 462/1919 Coll. on granting jobs to legionnaires].

Michal Rak (ed.), *Boj s rakouskou hydrou: Deník legionáře Čeňka Klose [The Struggle with the Austrian Hydra: Diary of Legionnaire Čeněk Klos]*, Československá obec legionářská, Praha 2016.

SECONDARY SOURCES:

https://www.facebook.com/Muzeumlegii/photos/a.2280923871993305/2773026466116374/?type=3&theater – Facebook page of the Museum of Czechoslovak Legions.

http://legie100.com/krev-legionare/ – the legionnaire database run by the *Československá obec legionářská* [Organisation of Czechoslovak Legionnaires].

http://www.vuapraha.cz/fallensoldierdatabase – the legionnaire database run by the *Vojenský ústřední archiv* [Central Military Archive].

Výstava ke stému výročí bitvy u Zborova [Exhibition dedicated to the 100th anniversary of the Battle of Zborov], Vojenský historický ústav Praha 2017, *http://www.vhu.cz/vystava-ke-stemu-vyroci-bitvy-u-zborova/* last visited on the 1st of August 2020.

Tim Bouverie, *Appeasing Hitler: Chamberlain, Churchill and the Road to War*, Vintage, London 2020.

Daniela Brádlerová, *Vojáci nebo podnikatelé? Hospodářské a finanční activity československých legií během jejich anabáze v Rusku a na Sibiři [Soldiers or Businessmen? Economic and Financial Activities of the Czechoslovak Legions during their Anabasis in Russia and Siberia]*, Nakladatelství Academia a Masarykův úřad a Archiv AV ČR, Praha 2019.

Maria Bucur and Nancy M. Wingfield (eds.), *Gender and War in Twentieth Century Eastern Europe*, Indiana University Press, Bloomington 2006.

Tomáš Jakl, Evakuace československých vojáků z Vladivostoku [The Evacuation of Czechoslovak Soldiers from Vladivostok], Vojenský historický ústav Praha 2013, *http://www.vhu.cz/evakuace-ceskoslovenskych-vojaku-z-vladivostoku/* last visited on the 3rd of August 2020.

Tomáš Jakl, Čeští dobrovolníci v Srbské armádě za první světové války [Czech Volunteers in the Serbian Army during World War I], Vojenský historický ústav Praha 2016, *http://www.vhu.cz/cesti-dobrovolnici-v-srbske-armade-za-prvni-svetove-valky/* last visited on the 31st of July 2020.

Tomáš Jakl, Karel Straka, Před sto lety: československo-polské boje o Těšínsko [A Hundred Years Ago: Czechoslovak-Polish Fights for the Cieszyn Region], Vojenský historický ústav Praha 2019, *http://www.vhu.cz/pred-sto-lety-boje-o-tesinsko/* last visited on the 7th of August 2020.

Katya Kocourek, *Čechoslovakista Rudolf Medek [Czechoslovakist Rudolf Medek]*, Mladá fronta, Praha 2011.

Tomáš Kykal, Válka o Slovensko v roce 1919 [War for Slovakia in the Year 1919], Vojenský historický ústav Praha 2019, *http://www.vhu.cz/valka-o-slovensko-v-roce-1919/* last visited on the 7th of August 2020.

Richard Lein, Between Acceptance and Refusal – Soldiers' Attitudes Towards War (Austria-Hungary), International Encyclopedia of the First World War 2014, https://encyclopedia.1914–1918-online.net/article/between_acceptance_and_refusal_-_soldiers_attitudes_towards_war_austria-hungary last visited on the 27th of February 2021.

Adam Luptak, *Veterans of the Great War in Interbellum Czechoslovakia* [doctoral thesis], supervisor: Robert Evans, University of Oxford 2020.

Kevin J. McNamara, *Dreams of a great small nation: The Mutinuous Army that Threatened a Revolution, Destroyed an Empire, Founded a Republic, and Remade the Map of Europe*, PublicAffairs, New York 2016.

Jan Michl, *Legionáři v Československu [Legionnaires in Czechoslovakia]*, Nakladatelství NAŠE VOJSKO, Praha 2009.

Milan Mojžíš a kol., *Československé legie 1914–1920 [Czechoslovak Legions 1914–1920]*. Nakladatelství Epocha, Praha 2017.

Edmund Orián a kol., *Československá legie v Rusku: Díl I. [Czechoslovak Legion in Russia: Part I]*, Nakladatelství EPOQUE 1900 a NAŠE VOJSKO, Praha 2014.

Božena Seidlová Holečková, *Přes bolševické fronty [Across the Bolshevik Fronts]*, Nakladatelství Památníku odboje, Praha 1923.

Karel Straka, Čs. Jednotky za první světové války v Itálii měly až 20 000 vojáků [Czechoslovak Units in Italy during the World War I Had up to 20 000 Soldiers], Vojenský historický ústav Praha 2013, *http://www.vhu.cz/cs-jednotky-za-prvni-svetove-valky-v-italii-mely-az-20–000-vojaku/* last visited on the 7th of August 2020.

Karel Straka, Rota Nazdar: nejen o památném boji z 9. května 1915 [Company Nazdar: Not Only about the Memorable Fight of the 9th of May 1915], Vojenský historický ústav Praha 2013, *http://www.vhu.cz/rota-nazdar-nejen-o-pamatnem-boji-z-9-kvetna-1915/* last visited on the 31st of July 2020.

Ivan Šedivý, *Češi, České země a Velká válka [Czechs, Czech lands and The Great War]*, Nakladatelství lidové noviny, Praha 2014.

Dalibor Vácha, *Bratrstvo: Všední a dramatické dny československých legií v Rusku [Brotherhood: Everyday and Dramatic Days of Czechoslovak Legions in Russia]*, Nakladatelství Epocha, Praha 2015.

Dalibor Vácha, *Ostrovy v bouři: Každodenní život československých legií v ruské občanské válce [Islands in the Storm: Everyday Life of Czechoslovak Legions in the Russian Civil War]*, Nakladatelství Epocha, Praha 2016.

Јакуб НОВАК*

ЖЕНЕ ЛЕГИЈЕ: НЕПРИЗНАТЕ ПРИПАДНИЦЕ ПРВЕ ЧЕХОСЛОВАЧКЕ АРМИЈЕ

Сажетак

Овај рад упознаје читаоца са аспектима служења жена у чехословачкој легији у Русији и условима под којима су оне могле добити статус легионара након повратка из Русије. Овај правни статус успостављен је 1920. године и био је замишљен као награда онима који су током рата служили у било којој чехословачкој војној јединици у егзилу (Чехословачке легије) и борили се за независност од Аустро-Угарске. Међутим, овај правни статус ипак је додељиван искључиво мушкарцима. У раду се анализирају правни разлози за овако установљену праксу, а што ће касније бити показано на примеру неколико конкретних случајева.

Кључне речи: *Чехословачке легије. – Жене у војсци. – Статус ратног ветерана. – Први светски рат. – Руски грађански рат. – Чехословачка.*

Рад приспео / Paper received: 15.11.2020.
Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 30.12.2020.

* Мастер студент у 6. семестру, Правни факултет Масариковог Универзитета, Чешка република, jakk.novak@mail.muni.cz.

UDC 342.7-055.2(497.1)"1939"

CERIF: S130, H250, H300

DOI: 10.51204/HLH_20208A

Симо М. ИЛИЋ*

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЖЕНЕ У ПРЕДОСНОВИ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА ЗА КРАЉЕВИНУ ЈУГОСЛАВИЈУ

У раду је разматран правни положај жене у првој Југославији, са нагласком на предложене реформе у Предоснови грађанског законика. Правни поредак Југославије није био јединствен, па се положај жене разликовао између шест правних подручја. Изложен је кратак приказ стања законодавства на правним подручјима са нагласком на неповољним нормама које су захтевале реформу. Дата је детаљна анализа текста Предоснове којим је предвиђена пуна пословна способност жене, једнакост у наслеђивању женске и мушке деце, као и побољшан наследноправни положај надживелог брачног друга. Као недостатак предлога истакнуто је усвајање ублаженог режима одвојених имовина, уместо режима заједничке имовине, као и умањена родитељска права мајке. Као изузеци од правила Предоснове изложени су проблем посебног сељачког наследног права и примена шеријатског права за муслиманску мањину. Разматрани су и ставови правне теорије о начелним питањима положаја жене. У закључку је анализирана прикладност норми Предоснове у контексту социјалних и политичких прилика у првој Југославији.

Кључне речи: *Пословна способност. – Наследно право. – Брачни имовински режим. – Родитељско право.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У периоду након уједињења, у Краљевини СХС није постојао јединствен правни поредак. Држава је била подељена на шест правних

* Студент мастер студија Правног факултета у Београду, email: simoilic@hotmail.com

подручја на којима је важило предратно право.[1] Правни партикуларизам је отежавао сарадњу између различитих подручја и узроковао велике проблеме приликом примене права. Због тога је нова држава започела процес унификације права – доношени су нови закони који су важили за целу земљу. У том процесу је отворено и питање положаја жене, то јест његове реформе приликом унификације грађанског права. Грађански законик за Краљевину Југославију није донет, али је 1934. године израђена Предоснова грађанског законика,[2] која, иако није усвојена, показује правац развоја и ставове друштва према женама у међуратном југословенском друштву.

Деветнаести и двадесети век се могу оквалификовати као период поправљања положаја жене, мада овај процес често није ишао линеарно и био је праћен бројним противречностима. У претходном периоду патријархалног друштва жена је била везана за кућне послове, а мушкарци су се бавили привредним активностима. Ова подела рада била је условљена економским, али и културолошким разлозима,[3] а

1 Ferdo Čulinović, *Državnopravna historija jugoslovenskih zemalja XIX i XX vijeka*, Školska knjiga, Zagreb 1959, 308–311.

2 Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију, Државна штампарија Краљевине Југославије, Београд 1934. Као основа за пројекат будућег законика узет је новелирани аустријски Грађански законик из 1811. (у даљем тексту АГЗ; Општи аустријски грађански законик, *Зборник грађанских законика старе Југославије*, Графички завод – Титоград, Титоград 1960, 285–478). Комисија се у почетку није стриктно држала решења аустријског узора, али је касније усвојен став да се не одступа превише од аустријских решења. На прописе који су у вези са положајем жена, поред аустријског, приметан је и утицај немачког и швајцарског права. Опширније о припреми Предоснове види у: Зоран Мирковић, „Кодификовање грађанског законика нове државе и његово место у историји европских кодификација", Борис Беговић, Зоран Мирковић (ур.), *Сто година од уједињења – формирање државе и права,* Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 267–300; Vesna Radovčić, „Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji: Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju", *Radovi 7*, Sveučilište u Zagrebu / Institut za hrvatsku povijest, Zagreb 1975, 249–307.

3 Подела рада у патријархалној породици може се разумети у контексту прединдустријске организације производње, где су мушкарци обављали тешке физичке послове, а жене лакше, претежно кућне послове (ово не значи да су женски послови били лаки, већ само да су мање физички захтевни од мушких). Ипак, ова економска подела рада направила је једну културолошку баријеру, где су мушкарци потцењивали женске послове. Као пример потцењивања може се навести однос мушкараца у Црној Гори према преслици, коју су сматрали женском алатком. Због тога је највећа срамота била ако би неког мушкарца жена ударила преслицом. Презир према преслици као женској справи ишао је толико далеко да је сматрано нечасним за мушкарца да се бави производњом преслица. Осим према њиховом алату и пословима, овај осећај супериорности се протезао и на женину личност, па је она посматрана као инфериорно лице које треба да

њена последица је била доминација мушкараца над женама и у праву. Жене су посматране као неспособне за већину правних послова и очекивало се да њих обавља муж у њихово име; тим пре се то сматрало валидним у политичком животу. Ипак, после индустријске револуције жена добија нову улогу у подели рада. Послови у производњи све више се обављају помоћу машина, што смањује потребу за физичком снагом и омогућава женама да обављају све већи број послова једнако ефикасно као и мушкарци, а нове потребе за масовном радном снагом доводе до запошљавања све више жена. Са друге стране, жене су на већини послова испрва знатно слабије плаћане од мушкараца (без реалног утемељења разлике у заради), а још дуго је остао обичај да само жена, иако су обоје супружника запослени, обавља кућне послове. Могло би се истаћи да је временом известан број тих послова почела да обавља индустрија или су смишљене машине које су их значајно олакшале – тако данас велики број породица више не мора да се бави производњом и конзервирањем хране, као ни производњом одеће, јер је тај посао преузела индустрија, а и кућни послови који нису нестали, попут спремања хране или чишћења, учињени су доста лакшим модерним кућним апаратима и хемијским средствима. Са друге стране, попуштање културолошких баријера које је омогућило да и мушкарци учествују у кућним пословима ишло је прилично споро (па се и дан данас у многим срединама ови послови доживљавају као женски), док економске промене које су пратиле индустријализацију више нису дозвољавале да само један од супружника ради за плату, док би се други посветио искључиво кућним пословима и подизању деце. У овом периоду долази и до све већег приступа жена образовању, те до развоја феминистичког покрета и бројних женских удружења[4] која су имала за циљ поправљање

слуша и служи мушкарца. Јован Мијушковић, „Истраживање ванбрачног очинства по црногорском законодавству", *Бранич*, 1–9/1929, 10–11, фн. 12.

4 На југословенском простору деловао је већи број женских удружења која су међусобно сарађивала. Ова удружења почела су са радом у другој половини 19. века и у почетку су се бавила хуманитарним и културним радом. Временом, после приступа међународним удружењима жена, ова удружења су почела да се залажу за поправљање правног положаја као и бирачко право за жене. За време прве Југославије ова друштва су била политички и друштвено активна, и неретко успешна у заговарању ограничених побољшања статуса жене. Види: Неда Божиновић, *Женско питање у Србији у XIX и XX веку,* Деведесетчетврта / Жене у црном, Београд 1996, 66–78,100–129; Мирјана Обрадовић, „Удружење универзитетски образованих жена у Југославији 1927–1941. године", Латинка Перовић (ур.), *Србија у модернизацијским процесима 19. и 20. века – 2. положај жене као мерило модернизације*, Институт за новију историју Србије, Београд 1998, 252–262; Гордана Кривокапић-Јовић, „"Друштво за просвећивање жене и заштиту њених права" – Радикали и женско право гласа после Првог светског рата", Латинка Перовић (ур.), *Србија у модернизацијским процесима 19. и 20.*

правног и фактичког положаја жене на различитим пољима, од породичних односа, преко образовања и професионалне активности, до права гласа и учешћа у политичком животу. Сви ови фактори лагано доводе што до законодавних промена, што до промене свести о положају жене код све већег дела становништва.[5]

У међуратном југословенском друштву процес промене улоге жене био је у току, али далеко од завршеног. Жена у урбаним срединама била је прилично изједначена са мушкарцем. Било јој је омогућено да се школује,[6] као и да обавља сва занимања осим судијског и свештеничког.[7] Приступ жена високостручним занимањима није био лак, али је њихово учешће у њима константно расло. Томе сведочи све већи број жена лекара и правника, као и повећан приступ жена техничким занимањима. Најтеже су долазиле на позиције које су носиле већи друштвени углед (познат је пример Ксеније Атанасијевић, која је успела да постане доцент на Универзитету, али и опструкције које су је пратиле по заузимању тог места).[8] Са друге

века – 2. положај жене као мерило модернизације, Институт за новију историју Србије, Београд 1998, 299–308; Ана Столић, *Сестре Српкиње: појава покрета за еманципацију жена и феминизма у Краљевини Србији*, Evoluta, Београд 2015; Ана Столић, „Између национализма и интернационализма: Српкиње на конгресима организација Међународног женског покрета до Првог светског рата", *Историјски часопис*, 67/2018, 311–340; Јасмина Милановић, „Одбор госпођа „Кнегиња Љубица" 1899–1942.", *Историја 20. века*, 1/2015, 23–33; Ана Столић, „Грађанке и сељанке: ставови представница покрета за еманципацију жена о женама на селу почетком 20. века", Недељко В. Радосављевић, Снежана Томић (ур.), *Село Балкана: континуитети и промене кроз историју,* Историјски институт Београд / Музеј на отвореном „Старо село" Сирогојно, Београд 2017, 179–190; Јасмина В. Милановић, *Женско друштво (1875–1942)*, Институт за савремену историју / Службени гласник, Београд 2020.

5 Види: Н. Божиновић, 1–130; Живојин Перић, „Човек и жена: један покушај из области женског питања", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 4, 5–6/1922, 321–348; Estelle Freedman, *No Turning Back; The History of Feminism and the Future of Women,* A Ballantine Book, New York 2002; Ана Столић, Ненад Макуљевић (ур.), *Приватни живот код Срба у деветнаестом веку: од краја осамнаестог века до почетка Првог светског рата*, Clio, Београд 2006; Латинка Перовић (ур.), *Србија у модернизацијским процесима 19. и 20. века – 2. положај жене као мерило модернизације*, Институт за новију историју Србије, Београд 1998; Милан Ристовић (ур.), *Приватни живот код Срба у двадесетом веку*, Clio, Београд 2007.

6 Види: Бранка Прпа-Јовановић, „Процеси модернизације и положај жене у Србији током XIX и прве половине XX вијека", *Србија у модернизацијским процесима XX века,* Институт за новију историју Србије, Београд 1994, 361–365.

7 Поред тога, жена није могла да буде ни члан ни посетилац берзе, као ни функционер у професионалном синдикату. Ана Божић, *Положај жене у приватном праву*, Млада Србија, Београд 1939, 180.

8 Види: Дубравка Стојановић, „Жене „у смислу разумевања нашег народа": случај жена стручњака у Србији 1902–1913", Латинка Перовић (ур.), *Србија у мо-*

стране, овај процес је ишао доста спорије на селу. Жене су ретко школоване и углавном се нису бавиле самосталним занимањима, већ су помагале мужу у пословима и радиле кућне послове. Оваква ситуација је значајно допринела одржању патријархалне подређености жене, и отежала реформу њеног положаја – а патријархални дух био је, мада у суптилнијем појавном облику, присутан и у урбаним срединама.[9]

Правни положај жене у овом периоду је био различито уређен на различитим правним подручјима. На српском, црногорском и босанско-херцеговачком правном подручју жене су биле значајно обесправљене у односу на мушкарце, на хрватско-славонском и словеначко-далматинском подручју положај жене био је повољнији, али далеко од једнаког са мушкарцима. Најбољи положај жене су имале у војвођанском правном подручју.

Као што се види, процес еманципације жена у Краљевини Југославији био је у току, али далеко од потпуног изједначења жена са мушкарцима. У том тренутку било је веома значајно како ће се законодавство поставити према том процесу. Законодавство није могло њиме потпуно управљати, али га је свакако могло значајно убрзати или успорити. Пошто је постало извесно да жене скоро неће бити изједначене у јавном праву (јер нису добиле право гласа)[10] отворило

дернизацијским процесима 19. и 20. века – 2. положај жене као мерило модернизације, Институт за новију историју Србије, Београд 1998, 239–251.

9 Положај жене у земљорадничком сталежу био је економски најнеповољнији, јер је радила у корист оца или мужа. Жене из ове друштвене класе, због лоше економске ситуације као и због слабе просвећености, нису биле активне у покрету за права жена. У класи мануелних радника (која је претежно живела у урбанијим насељима) положај жене био је доста бољи, иако и даље неједнак са мушким. Жене су најчешће радиле и имале своју зараду, која је била мања од зараде мушкарца и којом је могао располагати муж, као старешина куће. Ниво образовања у овом друштвеном слоју био је знатно виши од жена на селу. Припаднице ове друштвене класе биле су веома активне у заговарању изједначења жена и мушкарца. Трећу класу чиниле су жене интелектуални радници. Оне су такође претежно живеле у урбаним насељима, и ниво просвећености у овом друштвеном слоју био је веома висок. Оне су, заједно са мануелним радницама, биле најактивније у борби за једнак положај са мушкарцима. А. Божић, 177–178. Види: Момчило Исић, „Дете и жена на селу у Србији између два светска рата", "*Жене и деца – 4. Србија у модернизацијским процесима XIX и XX века*", Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд 2006, 131–159.

10 Право гласа није признато женама, али оно уставима није било ни ограничено на мушкарце. Уместо тога остављено је да се питање женског гласа реши у будућности законом. (чл. 70. Устава Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Нова књига, Београд 1988; чл. 55. Устава Краљевине Југосла-

се питање њиховог положаја у приватном праву. Питање положаја жене био је отворено од самог стварања нове државе, а конкретизовано је објављивањем Предоснове грађанског законика 1934. године. Овај проблем привукао је много пажње јер је положај жене, посебно у Србији, био веома лош и захтевао хитне реформе. Женска удружења заговарала су реформе, али у томе нису остала сама. Правничка заједница, посебно српска, радила је активно на реформи, и осим бројних појединачних радова, веома значајни су били Први и Трећи конгрес правника Краљевине Југославије. На Првом конгресу правника у Београду 1925. разматран је положај жена при законском наслеђивању. После обимне расправе, у којој је велика већина правника изнела аргументе у корист изједначења, донета је резолуција којом се предлаже изједначење мушких и женских сродника у интестатском наслеђивању. Код наслеђивања (малих и средњих) сеоских поседа, и евентуално занатских или индустријских производних предузећа којима би претила опасност од цепања, резолуција предлаже посебна правила, али захтева да она буду израђена по принципу једнакости и посебну пажњу скреће на установу права откупа.[11] Овде је отворено највеће спорно питање – тј. сукоб између једнаког наслеђивања жена и проблема распарчавања сеоског поседа, а као решење предложено је право откупа. Следећа битна расправа десила се на Трећем конгресу правника у Сарајеву 1927. године, на коме је разматран правни положај жена у брачном, имовинском и наследном праву. Конгрес је донео резолуцију којом предлаже да се приватноправни положај жене уреди на основу равноправности, да се не ограничава пословна способност жене у браку, да се удовици да право избора између наследног права или права на издржавање, а предлаже се и да преживели брачни друг има свакако право на нужно издржавање из заоставштине, ако му оно недостаје.[12] Када је 1934. Министарство правде објавило Предоснову грађанског законика, расправа о правном положају жене постала је део расправе о новом законику. Упућен је велики број умесних примедби на рачун Предоснове, што сведочи о заинтересованости правничке јавности за женско питање.

вије, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Нова књига, Београд 1988.)

11 Споменица Првог конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Удружење правника, Београд 1926, 136.

12 Додатак споменици Трећег конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца у Сарајеву, Priređivački odbor Trećeg kongresa pravnika, Sarajevo 1928, 92–93.

2. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЖЕНЕ ПО ПРАВНИМ ПОДРУЧЈИМА

Да би се исправно разумела решења Предоснове и дискусије које су вођене у теорији, требало би обратити пажњу на дотадашњи правни положај жене, који је значајно одређивао правац будуће реформе. Овде ће бити дат сажет приказ стања законодавства са нагласком на нормама које је требало реформисати.[13]

а) Хрватско-славонско правно подручје. На овом правном подручју важио је Аустријски грађански законик (АГЗ) у стању пре тзв. ратних новела. Жена је имала потпуну пословну способност, без обзира на то да ли је била удата или није. На овом правном подручју важио је мађарски Трговачки закон према коме женама за стицање статуса трговца није била потребна сагласност мужа.[14] Жене нису могле бити тутори или старатељи (чл. 192), изузетак су мајке или баке, које су могле бити старатељи својој деци и унуцима (чл. 198), али би им се у том случају обавезно постављао помоћни тутор (чл. 211). Жене нису могле да буду сведоци тестамента (чл. 591, 597). Закон је предвиђао да је муж глава породице, да он управља домаћинством (91), да има право да заступа жену (1034, 1238), као и да управља њеном имовином (1238). Предвиђен је режим одвојених имовина, а АГЗ је прихватио и муцијанску претпоставку према којој се сматрало да имовина у поседу жене припада мужу све док жена не докаже власништво (1237). У наследном праву није прављена разлика између мушких и женских сродника. Надживели брачни друг, поред деце оставиоца, имао је право на уживање четвртине заоставштине, а ако је имао троје или више деце, онда је имао право уживања на једнаком делу као и деца. Надживели брачни друг имао је само право уживања, својину над његовим делом имала су деца (чл. 757). Ако иза оставиоца нису остали потомци, надживели брачни друг добијао је једну четвртину заоставштине поред осталих законских наследника (чл. 758). Ако није било ни осталих законских наследника, брачни друг је добијао целу заоставштину у својину (чл. 759). У задружном праву жене су могле бити кућегосподари (домаћини), а и при деоби задруге добијале би исти део као и мушкарци.[15]

---

13 За детаљан приказ стања законодавства по правним подручјима види: Bertold Eisner, „Privatnopravni položaj žene po današnjem pravu Jugoslavije i njegovo uređenje u jedinstvenom Građanskom zakoniku za Jugoslaviju", *Споменица Мауровићу*, прва књига, Глобус, Београд 1934, 325–419.

14 А. Божић, 147.

15 B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 345.

б) Словеначко-далматинско правно подручје. На овом правном подручју важио је новелирани АГЗ. Новелама је укинута неспособност жене да буде старатељ или тутор (чл. 192, 281). Укинута је и неспособност жене да буде сведок тестамента (591). На овом подручју трговина је била регулисана аустријским Трговачким законом који је жени стицање статуса трговца условљавао пристанком мужа. Побољшан је положај надживелог брачног друга у законском наслеђивању, поред десцендената он је добијао четвртину заоставштине у својину, а поред асцендената добијао је половину. За потомке деда и баба није важило право представљања, па би надживели брачни друг преко своје половине добио и део који би припао преминулим дедама и бабама (чл. 757). Надживелом брачном другу припадале су и покретне ствари домаћинства, као прелегат (чл. 758), а дато му је и право на пристојно издржавање као компензација за нужни део (чл. 796).

в) Војвођанско правно подручје. На овом правном подручју важило је мађарско обичајно право, уз неколико посебних закона.[16] Жена је имала пуну правну и пословну способност. Стицање статуса трговца није било условљено пристанком мужа.[17] Жене нису могле бити старатељи и тутори, осим мајке и бабе, које су могле бити тутори својој деци, и супруге, која је могла бити старатељ свом мужу.[18] Имовина коју су поседовали супружници пре закључења брака била је одвојена, али је за имовину стечену за време брака важио режим заједничке тековине.[19] Муцијанска претпоставка се признавала у извесним границама.[20] У наследном праву није било разлике између мушких и женских наследника. Мађарско наследно право је чак и привилеговало жене јер су се удовици признавала посебна права према мужевљевој заоставштини која нису била признавана надживелом мужу (удовичко право уживања и удовичко наслеђивање).[21]

г) Србијанско правно подручје. На овом подручју важио је Српски грађански законик из 1844. године (СГЗ).[22] Неудата жена

16 *Ibid.,* 348.

17 А. Божић, 147.

18 B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 349.

19 *Ibid.,* 350–351.

20 *Ibid.,* 351.

21 *Ibid.,* 353–354.

22 Грађански законик за Краљевину Србију, *Зборник грађанских законика старе Југославије*, Графички завод – Титоград, Титоград 1960, 153–268. Детаљније о положају жене и породици у Српском грађанском законику види: Живојин Перић, „Жена у Српском грађанском законику", *Архив за правне и друштвене* науке, књ. XVI (XXXIII), 1/1928, 6–31; Марија Драшкић, Олга Поповић-Obрадо-

и удовица биле су потпуно пословно способне и изједначене са мушкарцима. Жена у браку имала је тежу судбину, чланом 920. СГЗ-а она је изједначена са малолетницима, па јој је за пуноважност правних послова било потребно одобрење мужа.[23] Стицање статуса трговца било је условљено пристанком мужа.[24] По оригиналној верзији СГЗ-а жене нису могле бити сведоци тестамента (чл. 446), али је овај пропис укинут заједно са укидањем тестамента пред сведоцима Законом од 24. маја 1911. Жене нису могле бити старатељи, изузетак је мајка која је могла да буде старатељ свом детету (чл. 21. Закона о старатељству).[25] Положај жене у старатељству је побољшан 1921, жене су могле бити старатељи исто као и мушкарци, са ограничењем да је удатој жени било потребно одобрење мужа.[26] СГЗ је прихватио режим одвојених имовина брачних другова, муж је имао и право управе над жениним имовином док жена томе не приговори (чл. 771). Српско право није познавало муцијанску претпоставку.[27] Спорно је било да ли је имовина коју би жена стекла за време брака била њено власништво или власништво мужа.[28] СГЗ не предвиђа обавезу сродника жене да јој при удаји

вић, „Правни положај жене према српском Грађанском законику (1844–1946)", Латинка Перовић (ур.) *Србија у модернизацијским процесима 19. и 20. века 2*, Институт за новију историју Србије, Београд 1998, 11–25; Војислав Станимировић, „Снага обичаја – породица у српском Грађанском законику између старог и новог", М. Полојац, З. Мирковић, М. Ђурђевић (ур.), *Српски грађански законик – 170 година,* Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 145–165.

23 „Удата жена не може без одобрења свога мужа закључити не само теретни правни посао, него ни посао доброчин ... овде је удата жена неспособнија од малолетника од седме до двадесет прве године, јер такви малолетници могу да приме поклон и без одобрења својих заступника..." Живојин Перић, *Лично брачно право по српском Грађанском законику*, Геца Кон, Београд 1934, 81–82; „Ограничење пословне способности удате жене ишло је још даље него ограничење пословне способности малолетника. Док малолетник који је навршио 7 година може по чл. 533. СГЗ-а сам закључити правне послове који му иду на корист, којим се дакле не обавезује, не може жена ни такве послове без одобрења мужа закључивати", B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 357.

24 Чл. 3. Законика трговачког за Књажевство Србију, *http://digital.bms.rs/ebiblioteka/publications/view/3310,* приступљено 15. маја 2020.

25 Закон о старатељству, *Грађански законик Краљевине Србије са кратким објашњењима од др Лазара Марковића*, Геца Кон, Београд 1921, 62.

26 Ж. Перић, „Жена у Српском грађанском законику", 12; М. Драшкић, О. Поповић-Обрадовић, 16.

27 B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 359.

28 B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 359. Став да члан 121. СГЗ-а по ком све што малолетници под очинском влашћу зараде припада оцу аналогно важи и

обезбеде мираз,[29] мада је у теорији заступано схватање да ова обавеза постоји без обзира на то што није изричито наведена у закону.[30] Положај жене био је јако лош у наследном праву. Уколико би било мушких наследника, они би искључивали жене из наследства. Њима би припадало само право на уживање, издржавање, снабдевање и пристојно удомљење (чл. 397). Чак су и мушке парентеле искључивале женске.[31] Надживели брачни друг није имао наследно право над имовином преминулог брачног друга, осим ако није било крвних сродника ни из једне од шест парентела (чл. 408). Удовици је припадало право уживања мужевљеве заоставштине, уколико је било десцендената заједно са њима, при чему је свако имао право на једнак део; ако није било десцендената онда је имала уживање на целој заоставштини до смрти (чл. 412–415). Положај жене у задрузи био је изразито лош. Жене које су живеле у задрузи нису биле задругари, оне нису улазиле у задружни савет нити су имале удео у принови и приплоду.[32] У законском наслеђивању у задрузи правила су била веома неповољна по жене. Мушкарци су искључивали жене, па ако су имале браћу, жене нису наслеђивале. У случају

за жене заступао је и Живојин Перић. По том ставу, све што удата жена стекне власништво је мужа, осим ако су то другачије регулисали брачним уговором. Ж. Перић, *Лично брачно право*, 90; исто види Живојин Перић, „Један нов рад на кодификацији права", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 10, 6/1911, 442; Супротан став, да је имовина коју жена стекне сопственим радом њено власништво, заступао је Михајло Јовановић, види: Михајло Јовановић, „Положај жене у брачном, имовинском и наследном праву", *Споменица за 3. главну скупштину Конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца,* Стални одбор конгреса, Загреб, 127, 160. Овај спор произишао је из неодређености члана 771. СГЗ-а по питању имовине стечене у браку.

29 О миразу у Србији и Југославији и општем положају жене види: Војислав Станимировић, *Брак и брачна давања*, Правни факултет Универзитета у Београду / Службени гласник, Београд 2006.

30 Сам законски текст није предвидео ову обавезу, али се она изводила екстензивним тумачењем других норми. Нпр: „У нашем законику то није изричито казано, као у аустријском, али дужност родитеља (оца и матере), да уз своје кћери даду пристојан мираз, сходно своме имовном стању, потиче из обавезе родитеља, да све оно чине, што ће учинити њихову децу срећном и задовољном, поштеном и за будућност обезбеђеном (чл. 115. грађ. зак)", Драгољуб Аранђеловић, *Неколико речи о миразу, спреми и удомљењу по нашем Грађанском законику; О одговорности државе и чиновника према трећим лицима за штету, коју чиновник учини у вршењу званичне дужност,* Геца Кон, Београд 1912, 5. Треба само приметити да је по Аранђеловићевом схватању та обавеза постојала само за оца и мајку и није се протезала на даље сроднике.

31 B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 360.

32 *Ibid.,* 363.

да оставилац није имао мушке деце, женска деца су по оригиналном тексту имала само право на издржавање и пристојну удају (чл. 529).[33] Та неправда, да женско дете из очевог наследства искључује и најдаљи сродник, требало је да буде ублажена изменом законика од 28.11.1859. којом је женској деци признато наследно право (наравно, уколико није било мушке деце), али је задрузи дато право да део наследства који се састоји од непокретности исплати у новцу, по процени вештака. Ипак, судска пракса је рестриктивно тумачила ову измену и, позивајући се на чињеницу да жене нису задругари, ускраћивала им наследно право.[34] Уколико би женском детету било признато наследно право иза оца, наишло би се на други проблем – веома ниску процену вештака, који су намерно умањивали вредност наследства како би сачували задружну имовину. Удовица није имала наследно право иза мужа, већ само право уживања (чл. 523). Мајку или рођену сестру задругара из наследства искључивао је чак и најдаљи рођак задругар.[35]

д) На црногорском правном подручју породично и наследно право није било кодификовано па је важило обичајно право. Жена која не живи у задружној породици имала је начелно пуну пословну способност (чл. 10. и 13. црногорског Општег имовинског законика из 1888. године,[36] у даљем тексту ЦИЗ). Жена је била начелно слободна да располаже својом имовином, осим уговора о поклону, за који је морала имати одобрење мужа, које није било неопходно једино за поклоне укућанима и родбини, које је могла слободно да даје и прима (чл. 483, 509, 690, 708. ЦИЗ-а). Иако закони нису ограничавали пословну способност жене (осим поклона), треба нагласити да је у Црној Гори важило и некодификовано обичајно право, које је признавало власт мужа над удатом женом и ограничавало јој располагање имовином међу живима пристанком мужа.[37] За случај смрти жена је могла слободно располагати (чл. 49. Даниловог законика).[38] За бављење трговином жени је било потребно одобрење оца или старатеља уколико није била удата, а уколико је била удата, одобрење

33 В. Станимировић, *Брак и брачна давања*, 211.

34 *Ibid.,* 220.

35 Ж. Перић, „Жена у Српском грађанском законику", 28.

36 Општи имовински законик, *Зборник грађанских законика старе Југославије*, Графички завод – Титоград, Титоград 1960, 13–151.

37 М. Драшкић, О. Поповић-Обрадовић, 18.

38 Законик Данила Првог, *https://www.rastko.rs/rastko-cg/povijest/knjaz_danilo-zakonik_c.html,* приступљено 23. јула 2020.

мужа.[39] Жене нису могле бити тутори нити старатељи, осим сопственој деци (чл. 691. ЦИЗ-а). У наследном праву мушки наследници искључивали су женске из наслеђа (чл. 53. Даниловог законика). Ако је било мушких наследника, женама је припадало само право да живе у очевој кући и да добију мираз приликом удаје (чл. 53. Даниловог законика). Мушке лозе су такође имале предност у односу на женске.[40] Удовица је имала право уживања целокупне мужевљеве имовине до смрти или преудаје, а кад се преуда добијала је отправнину.[41] У кућној задрузи жене су имале својство задругара као и мушкарци (чл. 695. ЦИЗ-а). Приликом деобе имале су право на једнак удео као и мушкарци.[42] Жена је могла бити кућни домаћин (старешина).[43] У оквиру текућих послова, ако није било другог заступника, могла је удата жена да склапа послове о покретним стварима (чл. 690. ЦИЗ-а). Женски члан куће могао је слободно располагати својим личним имањем, осим удате жене којој је била потребна сагласност мужа (чл. 640. ЦИЗ-а). Пошто је задружна имовина била колективно власништво, није било наслеђивања.[44]

ђ) На босанско-херцеговачком правном подручју претежно је важио АГЗ[45] у стању од пре новела.[46] Трговачко право било је, такође, регулисано аустријским прописима, па се за стицање статуса трговца тражио пристанак мужа. Породично и наследно право било је регулисано за муслимане прописима шеријатског права, а за немуслимане обичајним правом немуслиманских верских заједница.[47] Регулација АГЗ-а у стању од пре новела изложена је у делу о хрватско-славонском правном подручју. Правила шеријатског права биће обрађена у посебном поглављу, с обзиром на то да је било предвиђено да шеријатско право важи и поред будућег грађанског законика, као верско право за муслиманску мањину.

---

39 Вукашин Вукашиновић, „Имовинско-правни статус женске у Црној Гори", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 46, 1/1934, 13.

40 B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 366.

41 *Ibid.,* 366.

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

44 *Ibid.,* 367.

45 Иако је АГЗ важио као супсидијарни извор права, судови су по правилу примењивали правила АГЗ-а, а не важеће прописе из отоманског периода. B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 368.

46 Бертолд Ајзнер, „О опћем грађанском праву у Босни и Херцеговини", прештампано из *Архива за правне и друштвене науке*, Београд 1920, 9.

47 B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 368.

3. РЕГУЛАТИВА И РЕФОРМЕ У ПРЕДОСНОВИ

3.1. Општи правни положај жене

а) **Пословна способност** – члановима 17. и 18. Предоснове изричито је прописано да пол не утиче на правну и пословну способност. Ни ступање у брак није више ограничавало пословну способност жене, чиме је она потпуно изједначена са мушкарцима. Ово је значајан напредак у односу на претходно стање у Србији и Црној Гори, где је удата жена била у горем положају од малолетника, јер јој је за сваку правну радњу било потребно одобрење мужа.[48] Једини изузетак од овог правила био је члан 233, који је прописивао да је удато-ј жени за примање штитништва (старатељства) потребан пристанак мужа. Потпуна пословна способност жене проширена је и на трговачко право, па жени за стицање статуса трговца није била потребна сагласност мужа.[49]

б) **Усвојење** – чланом 219. предвиђено је да је за усвојење малолетног детета потребна само сагласност брачног оца. Сагласност мајке и старатеља тражи се само у случају ако оца нема. Ова одредба је са правом критикована. Сава Шапчанин је указивао на то да је недопустиво узети дете од мајке, за коју је највише везано, без њеног пристанка и упозорио да муж ово право може злоупотребити како би шиканирао жену. Своју критику овог члана он завршава опаском да је чак и Српски грађански законик, који је прилично запостављао жене, тражио пристанак оба родитеља (чл. 141. СГЗ-а), те да се пристанак оба родитеља тражи и у упоредном праву (наводи немачко, швајцарско и француско право као пример).[50]

в) **Старатељство (штитништво)** – жене су могле бити старатељи исто као и мушкарци[51] (чл. 231–232). Овим би се укинула ограни-

48 Ово је било у складу са трендом европских законодавстава да се жени да пуна пословна способност у случају да је није имала. А. Божић, 113–117. Тридесетих година на простору Европе жена у браку је била пословно неспособна само у Белгији, Шпанији и на територији предратне Србије (пошто је у Румунији добила пословну способност 1932). Драгољуб Аранђеловић, „Реформа пословне способности удате жене по француском и нашем грађанском законику", *Архив за правне и друштвене* науке, књ. 45, 2/1934, 90.

49 Види: Трговачки закон за Краљевину Југославију, Геца Кон, Београд 1937.

50 Сава Шапчанин, *Неколике примедбе на предоснову Грађанског законика за Краљевину Југославију*, Напредак, Београд 1937.

51 „И жене могу бити туторице туђе дјеце – према захтјеву времена", Ivan Maurović, *Izvještaj o Predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, St. Kugli, Zagreb 1934, 24.

чења на подручјима на којима је важио неновелирани АГЗ и српски Законик о старатељству. Једино преостало ограничење прописано је чланом 233: да је удатој жени за примање штитништва (старатељства) потребан пристанак мужа,[52] осим ако је у питању њено рођено дете или ако муж није у могућности да да одобрење (због душевне болести, слабоумности, непознатог боравишта или раставе од стола и постеље). У комисији за израду законика постојао је предлог Живојина Перића и Драгољуба Аранђеловића да се круг лица за које се није тражио пристанак мужа прошири и на ближе сроднике (нпр. децу рођеног брата или сестре), али тај предлог није усвојен.[53] Постојање овог ограничења правдано је сврхом брака. У теорији је постављено питање да ли би у случају злоупотребе права мужа, суд могао дати пристанак уместо њега. На ово питање теорија је дала негативан одговор – пристанак мужа сматрао се незамењивим.[54]

Једна мала погодност за жене (мада, истовремено, и норма која је подвлачила неједнакост полова) била је норма по којој се жене не би могле принудити да се против своје воље приме штитништва, изузимајући мајку и бабу (чл. 235).

г) Жене су могле бити сведоци при последњим наредбама – тестаментима (чл. 626–629).

3.2. Положај жене у браку

Правна наука између два рата гледала је на брак као на заједницу људи која би требало да почива на консензусу. Истина, они су сматрали да одређена права супружника морају бити ограничена, али само у интересу брака. Стара идеја мужевљеве власти над женом постала је неприхватљива, више се није могло правдати да жена мора да беспоговорно слуша мужа. Међутим, поставило се питање шта да се ради у случају кад се између супружника не постигне консензус, ко би онда требало да одлучи. Правна наука и даље је давала то право мужу. Он је и даље био глава породице и имао је право да управља својим домаћинством. Ипак, то његово право је смањено, он је и даље доминантан у руковођењу породицом, али његово право да наређује ограничено је искључиво на послове везане за домаћинство, дакле оно није обухватало женин лични живот.

52 *Ibid.,* 24–25.

53 Живојин Перић, *Образложење §§ 1–319 Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију*, Министарство правде, Београд 1939, 301.

54 *Ibid.,* 299–300.

Предоснова је одредила да је лице женског пола способно ступити у брак по навршеној петнаестој години (чл. 108). Било је предлога да се ова граница подигне на шеснаест година, али су друштвене прилике биле такве да су се девојке удавале веома младе, па је упитно колико би се такав пропис поштовао.[55]

Предоснова је прописала заједничка и посебна права и дужности супруга. Тако обоје супружника морају вршити брачну дужност, бити једно другом верни и пристојно се један према другом опходити (чл. 147).

Посебна права и дужности мужа – одређена су чланом 148. Муж је одређен као глава породице, и као такав он има право да саобразно сврси брака управља целокупним животом своје породице. Статус главе породице даје мужу право управљања породицом, које не подразумева личну власт над женом.[56] Суштина овог права је у томе да уколико не постоји споразум између супружника о неком питању у вези са породицом, одлучујућу реч има муж.[57] Са друге стране, муж је обавезан да издржава жену сразмерно свом имовном стању. Обавеза издржавања није била условљена недостатком сопствених средстава, муж је био дужан да издржава жену без обзира на њено материјално стање.[58] Поред тога, прописана је и дужност мужа да заступа жену у свим приликама. Ова последња одредба није прецизна. Она је сигурно у вези са чланом 1018, али ни он није јасан. Пошто је жена потпуно пословно способна, није јасно у којим приликама је муж може заступати, да ли му је потребно пуномоћје и може ли жена да му ускрати то право.[59]

55 Иво Милић, „Положај жене у брачном, брачно–имовинском и наследном праву", *Споменица за 3. главну скупштину Конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца,* Стални одбор конгреса, Загреб 1927, 192.

56 Предоснова је преузела ублажено решење које даје предност мужу, али било је заговарано и да се муж и жена потпуно изједначе и по статусу у породици и по обавези међусобног издржавања, па да све одлуке доносе консензусом. А. Божић, 186–187.

57 Ж. Перић, *Образложење*, 132–134.

58 *Ibid.*, 135–136; У случају развода брака жена би и даље имала право на издржавање у случају да није крива за развод. И у овом случају није било потребно да жена нема сопствене имовине, али би се при одређивању висине издржавања, до извесне границе, водило рачуна о личним приходима жене. *Ibid.*, 211–212.

59 Овакав пропис би могао и неисправно да се тумачи као власт мужа над женом, зато је предлагано његово прецизирање или брисање дела по ком муж има право да заступа жену. Види: Čedomir Marković, „Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju", *Spomenica Dolencu, Kreku, Kušeju i Škerlju,* Jugoslovenska tiskara, Ljubljana 1936, 321–322; Bertold Eisner, Mladen Pliverić, *Mišljenja o*

Посебна права и дужности жене – одређена су чланом 149. Жена узима породично име свога мужа, поред ког је могла додати и своје.[60] Она је дужна да живи са њим у његовом пребивалишту[61] (посебно одређено у чл. 24). Ове обавезе могла се ослободити једино ако би се доказало да је мужев избор пребивалишта представљао злоупотребу права. Ипак, фактички значај ове норме није био велики, јер суд није могао да принуди жену да живи код мужа, могао је само да нареди световним и духовним властима да саветују жену да се врати мужу.[62] Повреда ове обавезе могла је да има две последице: а) да буде повод за бракоразводну парницу и б) управна власт могла је да одбије издавање путне исправе жени у случају да јој муж није одобрио путовање у иностранство.[63] Поред презимена и пребивалишта, жена је у старим законицима имала обавезу и да узме држављанство мужа. У Предоснови то питање није регулисано, а у посебном закону о држављанству жени која се удала за југословенског држављанина био је остављен избор да ли ће узети југословенско држављанство или ће задржати своје.[64]

Жена је дужна и да према својим могућностима помаже мужу у газдинству и привређивању. Уколико то захтева домаћи ред, дужна је извршавати његове наредбе и старати се да их и други извршавају[65] (мисли се на децу). Трошкови брака примарно су падали на мужа[66] – он је био дужан да издржава и жену и децу. Ипак, у слу-

Predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Pravničko društvo, Zagreb 1937, 147–148; B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 409.

60 Решење преузето из Закона о личним именима из 1929. Ж. Перић, *Образложење*, 136; Ово решење било је критиковано као неодговарајуће и несавремено. Види: Додатак споменици Трећег конгреса правника, 91; А. Божић, 188.

61 Види: Ж. Перић, *Образложење*, 46–47, 136–137.

62 Свест о томе постојала је и код становништва, што се види и из молбе коју је један незадовољни супруг, позивајући се на чл. 110. СГЗ-а, упутио властима, тражећи да супругу која је отишла од њега изгрде и посаветују да се њему врати. Александра Вулетић „Брачна политика у Кнежевини Србији. Између традиционализма и модернизма", *Историјски часопис*, књ. 47, 2008, 293. Види исто: Ж. Перић, *Лично брачно право*, 65–67; Stanko Lapajne, „Pravni položaj supruge u bračnome, imovinskome i nasljednome pravu", *Споменица за 3. главну скупштину Конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца,* Стални одбор конгреса, Загреб 1927, 176.

63 Ж. Перић, *Лично брачно право*, 66–67.

64 *Ibid.,* 64.

65 „Само уколико то захтева домаћи ред ... иначе не", Ж. Перић, *Образложење,* 137.

66 Било је и предлога да и жена буде обавезна да сноси трошкове брака. Пошто су бракови у којима жена доноси мираз мужу били све ређи, а случајеви где је жена имала приходе од самосталног занимања све чешћи, било је потребно

чају да муж нема имовине и постане неспособан за привређивање, жена је била дужна да га издржава сразмерно свом имовинском стању (чл. 149. ст. 2).[67]

Жена је имала право да у старању о текућим потребама заступа мужа (чл. 150. ст. 1).[68] Њени послови обавезују мужа, осим у случају кад жена прекорачи границе примерене околностима. Ово право жене муж је могао ограничити или одузети ако би га жена злоупотребљавала или ако би се показало да је неспособна да га врши (чл. 150. ст. 2).[69] Ово правило унето је у Пројекат законика као ублажење мужевљеве власти, али реално сагледано, са позиције једнакости полова, ова одредба није била исправна. Боље би одговарао пропис у ком би се и у овом случају тражила сагласност оба брачна друга.[70]

3.3. Права и дужности родитеља према деци

У погледу односа према деци Предоснова је најмање пратила савремене тенденције. У европским законицима у то доба појавила се идеја родитељског права, које би имала оба родитеља, а такво решење је предлагано и за будући југословенски законик.[71] И у том систему отац је имао примарну улогу у подизању и васпитавању детета, али је и мајка имала одређена права и дужности уз или после њега. Редактори Предоснове остали су на старом решењу АГЗ-а, који је сву власт над дететом давао оцу (под утицајем института очинске власти

да жена на други начин олакша економске терете брака. B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 149–150.

67 Види: Ж. Перић, *Образложење*, 137–138; у случају развода за који би жена била крива, мужу је припадало право на издржавање и после престанка брака, под условом да су били испуњени услови за издржавање у тренутку развода брака и да су наставили да постоје и даље. *Ibid.*, 213.

68 *Ibid.*, 138–139.

69 Ајзнер истиче да ово право губи на вредности ако се жени не да заштита од неоправданог одузимања или ограничавања овог права, те да жени треба дати судску заштиту у таквим случајевима. B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 411.

70 А. Божић, 188. Ова норма преузета је из чехословачког Пројекта грађанског законика. Право жене да заступа мужа у текућим пословима није било предвиђено текстом АГЗ-а, али је судска пракса стајала на становишту да и у аустријском праву постоји такво овлашћење.

71 За такво решење се на трећем Конгресу правника заложио Драгутин Јанковић наводећи да „Треба да отпадне питање очинске власти, а на мјесто тога да се ријеши питање односаја матере према дјеци, дакле питање родитељске власти", Додатак споменици Трећег конгреса правника, 91; исто је предлагао и Б. Ајзнер, види: B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 198–199, 243–244.

из римског права).[72] Због тога су норме које се односе на однос родитеља и деце подељене у два наслова, први је уређивао заједничка права и дужности родитеља, а други посебна права оца.

Заједничка права и дужности родитеља – одређена су члановима 177–183. Родитељи су дужни да своју брачну децу пристојно издржавају и васпитају (чл. 177).[73] Нејасно је зашто је Предоснова ово право и дужност ограничила на брачну децу. Ова обавеза родитеља налагала им је да омогуће својој деци телесни и духовни развој и да им обезбеде наставу о религији и корисним знањима. Спорна је била обавезност религијског васпитања и образовања, да ли су родитељи били дужни да одгајају децу искључиво у духу неке признате религије[74] и шта би атеисти требало да раде по том питању. Упитна је била и уставност дела одредбе о религијском васпитању.

Закон је у одређивању права и дужности родитеља направио поделу рада између оца и мајке. Тако је отац био поглавито дужан да издржава своју децу док она сама себе не могу издржавати. Мајка је, са друге стране, била превасходно задужена за старање о нези тела и здрављу детињем (чл. 178). Отац је дужан да сноси трошкове васпитања детета и кад су родитељи растављени раставом од стола и постеље или разводом, без обзира на то код кога се дете налази (чл. 179). У случају да отац не може да издржава децу, та дужност прелази на мајку (чл. 180).[75]

Спорно је било тумачење члана 181, који одређује да родитељи имају право споразумно руководити поступцима своје деце. Деца су

72 Ово је признао и Ж. Перић у Образложењу, наводећи да је Предоснова преузела решење свог изворника (АГЗ-а), уз то дајући преглед упоредног права из ког се јасно види да је у свим осталим (релевантним) правима на неки начин признато мајци право да врши родитељско право. Ж. Перић, *Образложење,* 230–231. Овако лош положај мајке био је критикован. Аутори су са правом указивали на то да мајка обавља више послова око детета и да је уз то почетком XX века најчешће подједнако финансијски учествовала у одгајању детета, па није било праведно да се скоро сва права над дететом доделе оцу. А. Божић, 192. Овако заостало решење вероватно је последица политике Приватно-правног одсека да се што мање одступа од изворног текста АГЗ-а.

73 „Родитељи су дужни да своју брачну децу пристојно издржавају и васпитају. Овамо спада нарочито дужност, да се старају о њиховом животу и здрављу, да развијају њихове телесне и душевне способности и да наставом у религији и корисним знањима положе темељ будућој срећи дечјој."

74 У овој одредби може се видети претеча модерног права родитеља да васпитају своју децу према својим моралним и верским уверењима, с тим да је ово право овде и обавеза, да је ограничено на признате религије и да је васпитање у атеистичком духу по тексту закона било (вероватно) забрањено.

75 Ж. Перић, *Образложење,* 227–228.

дужна да слушају и поштују родитеље. Спорно је шта је законодавац сматрао споразумним руковођењем. Неки аутори сматрали су овај члан контрадикторним са прописима о очинској власти.[76] С обзиром на место ове одредбе, као и на уређење очинске власти у наредним параграфима, овај пропис би требало уже схватити. Тако би руковођење које треба да буде споразумно требало да се односи на свакодневне поступке и активности детета, док значајнији поступци и одлуке набројани у прописима о очинској власти остају у искључивој вољи оца.

Деца добијају породично име свога оца (чл. 183). У међуратном периоду подразумевано је да ће дете носити очево презиме.[77] Мајчино презиме обично су носила ванбрачна деца и уз њега је по правилу ишла стигма, па су и женска друштва заговарала да се ванбрачној деци да очево презиме. Ипак, није постојао разлог да се императивном нормом потврди тај обичај. Одредба да родитељи споразумно дају презиме детету била би више у духу грађанског права.[78]

Посебна права оца – одређена су члановима 184–190. Отац као глава породице има очинску власт[79] над својом децом. Он је дужан да заступа своју малолетну децу (чл. 184). Очинска власт садржи и право оца да одабере занимање за које ће васпитавати дете. Ово право ублажено је могућношћу детета да се обрати редовном суду са захтевом да му се допусти образовање за друго занимање које више одговара његовим склоностима и способностима. Суд ће у овом поступку саслушати мајку,[80] па ће одлучити према околностима конкретног случаја (чл. 185). Било је и предлога да се ингеренције мајке по питању одабира занимања детета повећају. У прилог овом предлогу истицано је да се мајке више посвећују деци, па у већини

76 Види: Č. Marković, 327; B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 209.

77 „Деца добијају породично име свога оца, што долази од претежног утицаја оца у породици, а ово од претежнога положаја и утицаја мушких лица у друштву", Ж. Перић, *Образложење*, 229.

78 У том духу се на трећем Конгресу правника Ивица Топаловић залаже за принцип слободне воље и споразума у свим питањима, па сматра да није основан императиван пропис закона да жена носи мужево име и да се деци мора дати презиме оца, већ предлаже да родитељи могу споразумно одредити какво презиме треба да носи њихово дете, истичући да би такво решење било у складу са принципом једнакости. *Додатак споменици Трећег конгреса правника*, 91.

79 „Очинска власт обухвата три оштро постављене функције: отац, као носилац очинске власти, одређује занимање детета, он га заступа и управља дечијом имовином.", I. Maurović, *Izvještaj,* 19; Ајзнер овоме додаје и четврту функцију – одобрење правних послова. B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 210.

80 Већина чланова комисије сматрала је за целисходно да се на крају члана дода пасус „... а по саслушању матере...", I. Maurović, *Izvještaj,* 19.

случајева боље познају склоности и способности детета. Зато је предлагано да се и мајци да право да тражи промену занимања које је отац одредио.[81]

Имовина коју деца стекну њихово је власништво, али њоме управља отац док су деца под очинском влашћу (чл. 186). Изузетно, у случају кад отац не издржава дете, оно може слободно располагати својом зарадом (чл. 188). Деца под очинском влашћу не могу се ваљано обавезати без изричитог или бар прећутног очевог пристанка. Изузетак је предвиђен исто за случај кад отац не издржава дете, када се дете, уколико је довољно дорасло, може самостално обавезати уговором на вршење службе (чл. 189).

Права и дужности родитеља према ванбрачној деци – одређена су члановима 202–209. Ванбрачно дете добијало је мајчино презиме. Муж мајке могао је ванбрачном детету дати своје презиме ако би се сагласили мајка и дете (чл. 202). Ванбрачно дете није било под очинском влашћу свог оца, већ га је заступао старатељ. Старатељ је најчешће била мајка. Обавезе оца, уколико је овај познат, према ванбрачном детету сводиле су се на давање издржавања док дете не постане способно да се само издржава (чл. 203). Ванбрачно дете наслеђивало је само мајку и њене сродинке (чл. 737). Приликом удаје, ванбрачна ћерка која није имала сопствене имовине могла је да захтева мираз од мајке и њених родитеља (чл. 1181).[82]

3.4. Брачно – имовинско право

Мираз – регулисан је члановима 1179–1189. Мираз је одређен као имовина коју заручница или жена предаје или обећава мужу или заручнику ради олакшања терета брачне заједнице. Имовина која је предмет мираза не мора бити власништво жене,[83] мираз је могло за жену дати и треће лице (чл. 1179). Економски смисао мираза састојао се у томе да жена стави на располагање мужу део своје имовине. Пошто је на мужу била обавеза издржавања породице, мираз је био начин на који је жена доприносила њиховом издржавању. Са друге стране, мираз је служио и као обезбеђење жене за случај престанка брака, како не би остала без сопствене имовине. Као предмет мираза у обзир је долазило све што се може отуђити и од користи бити.

81 B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 210.

82 Ово је побољшање у односу на АГЗ, у коме обавеза давања мираза пада само на ванбрачну мајку (чл.1220).

83 У случају сумње да ли је мираз дат из имовине родитеља или имовине кћери, претпостављало се да је дат из имовине кћери (чл. 1185).

Мираз се мужу предавао на плодоуживање, а не у својину (чл. 1187).[84] Ако су предмет мираза биле непокретне или непотрошне ствари, жена се сматрала за власника а муж за плодоуживаоца, док се не докаже да је муж стекао својину над предметом мираза (чл. 1188). Ако је предмет мираза био новац или потрошне ствари, муж је постајао власник мираза, а у случају кад би требало да врати мираз, био је обавезан да исплати исту количину новца или потрошних ствари (чл. 1187). Власништво мужа над миразом у случају да се он састоји од новца или потрошних ствари критиковано је као непотребно и по жену неповољно. Довољно је било што муж може да ужива мираз, прелаз у власништво само је олакшавао његово отуђење, а муж је постајао обичан дужник, што је значајно погоршавало положај жене и обесмислило мираз као део посебне имовине жене.[85]

У случају смрти мужа жени се враћало право уживања њених миразних добара, а ако би жена умрла пре мужа, мираз би припадао њеним наследницима одмах по њеној смрти.[86] Ако се хтело да по смрти мужа не припадне жени или њеним наследницима, то се морало изричито уговорити. Треће лице које би дало своју имовину за мираз могло је да уговори да му после смрти мужа или жене мираз назад припадне (чл. 1189).

Мираз се установљавао споразумом између мужа или заручника и жене или заручнице. Он није био обавезан, а већина правила која су га регулисала била су диспозитивна, па су предмет и односи поводом мираза одређивани споразумом уговарача. Због тога муж, ако није уговорио мираз, није имао право ни да га захтева (чл. 1186). Ако жена није имала властите имовине која би била довољна за примерен мираз, њени родитељи, дедови и бабе били су дужни, по редоследу по ком су дужни да је издржавају, да јој обезбеде мираз приликом удаје према свом стању и имовини.[87] У случају ванбрачног детета ова обавеза падала је само на мајку и њене родитеље (чл. 1181). Женина родбина се могла ослободити обавезе давања мираза ако су били слабог имовинског стања (чл. 1182), ако се жена удала без знања или

84 Ана Божић предлагала је и модернизацију правила о миразу. Сматрајући превазиђеним да само муж управља миразом, она је предложила да њим споразумно управљају оба супруга. А. Божић, 189–190.

85 С. Шапчанин, 39–40; А. Божић, 189–190.

86 Ово решење представљало је побољшање у односу на оригинални текст АГЗ-а који није јасно дефинисао да ли се мираз по жениној смрти одмах враћа или га муж може задржати до смрти. B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 174.

87 Поставило се питање да ли је било потребно да се родитељима намеће обавеза да ћеркама и унукама дају мираз приликом удаје, ако су у наследном праву изједначена мушка и женска деца. Види: Č. Marković, 418.

против воље родитеља, дедова и баба, а суд нађе да је разлог за њихово неодобравање основан (чл. 1183) и ако је мираз већ добила, али га је изгубила, без обзира на кривицу (чл. 1184).

Узмиразје – регулисано је члановима 1190–1191. Имовина коју муж или неко трећи одреди жени ради увећања мираза звала се узмиразје. За време брака жена није уживала узмиразје али је у случају смрти мужа стицала својину на њему (чл. 1190). Узмиразје није било обавезно (чл. 1191).

Опрема – родитељи, дедови и бабе имали су обавезу да дају сину (унуку) опрему приликом женидбе, примерену својој имовини (чл. 1191. ст. 2).

Обезбеђење – ко даје мираз овлашћен је да приликом предаје или кад доцније опасност наступи, захтева привремено обезбеђење од онога ко мираз прима. Жена може увек тражити обезбеђење мираза или узмиразја, и кад не постоји опасност, без обзира на то из чије је имовине мираз одређен и да ли њој има припасти (чл. 1199).

Режим одвојених имовина – имовински односи између супружника уређени су члановима 1192–1195. Самим браком не настаје заједница имовине између супружника. То значи да је Предоснова од АГЗ-а преузела режим одвојених имовина. Супружници су могли да уговоре било који други режим заједнице добара, али је у одсуству таквог споразума важио режим одвојених имовина (чл. 1192).[88] Проблем код режима одвојених имовина је у утврђивању која ствар припада ком партнеру, посебно зато што се у браку неретко стиче радом или улагањем оба супруга. Предоснова је за случај сумње коме

88 Законски режим одвојених имовина није сматран оптималним, али није измењен јер је за његову измену требало доста времена и труда, а и такви послови били су противни политици да Предоснова не одступа превише од решења АГЗ-а. I. Maurović, *Izvještaj,* 67. У немачком праву законски брачни режим била је управна заједница. Заједничком имовином управљао је муж, али имовину коју је жена унела као своју није могао да отуђи без њеног пристанка. У швајцарском праву као законски режим било је предвиђено спајање добара. У оваквом режиму имовина супружника се спајала и као заједничка припадала је обома као целина. Супружници нису могли самостално располагати имовином. У Француској је, уколико супружници не уговоре другачије, важио режим заједнице непокретности. Муж је имао право управљања и располагања заједничком имовином, с тим што није смео да располаже заједничком имовином без накнаде. Норвешко и данско поставили су режим заједнице добара као законски. У шведском и финском праву важио је систем одвојених добара са модификацијом према којој су супружници имали удео у имовини другог брачног друга. Енглеско и аустријско право претпостављало је режим одвојених имовина. А. Божић, 88, 96–97, 101, 123–125.

припада ствар поставила претпоставку да је ствар власништво оба брачна друга у једнаким деловима, али је допустила доказивање да ствар припада једном или другом брачном другу, као и да је заједничка али у другачијој сразмери (чл. 1193).[89] Предоснова није преузела муцијанску претпоставку из АГЗ-а, да ствари које жена поседује припадају мужу. Ово решење је критиковано са становишта заштите поверилаца, јер је сматрано да је пребацивање имовине на жену згодан начин да муж превари своје повериоце.[90] Ипак, то је био напредак у односу на АГЗ по питању статуса имовине жене у браку.[91] Заједница имовине коју су у то време прихватила нека законодавства нпр. немачко и швајцарско, имала је одређене предности и мане. Предност је била свакако то што је жена имала удео у имовини коју би муж стекао (и обрнуто). Ово је важно пре свега зато што је у браку важила подела рада у којој је обично жена радила кућне послове и помагала мужу, а муж се бавио привређивањем. У оваквим условима при режиму одвојених имовина жена која је радила кућне послове и помагала мужу није стицала никакву имовину својим радом, док би муж задржавао све што стекне у току брака. Лоше стране режима заједничке имовине биле су његова компликованост и ограничење пословне делатности жене. Због режима заједничке имовине немачки и швајцарски законици тражили су одобрење мужа да би жена могла засновати радни однос или да би могла да се бави трговином. У оваквим околностима у упоредном праву, решење Предоснове да задржи одвојене имовине са претпоставком да су у случају сумње ствари стечене за време трајања брака заједничке изгледа прилично напредно за то доба и одговарајуће за друштвене односе у земљи.

Управљање мужа жениним имовином – уређено члановима 1194–1195. Муж управља жениним слободном имовином све док се

89 Ово решење преузето је из чехословачког Пројекта. А. Божић, 141. Могућност поделе заједнички стечених добара у сразмери различитој од поделе на једнаке делове била је критикована као противна природи брака. Уз то, у њој су видели и погодан терен за судијску самовољу. Види: Јован Пивнички, *Неколико напомена поводом Предоснове грађанског законика за Краљевину* Југославију, 1936, 28–29.

90 Муцијанска пресумпција је одбачена због већег учешћа жене у привредној делатности мужа, ради заштите њених интереса. Ајзнер је предлагао враћање муцијанске пресумпције у модификованом облику – муцијанска пресумпција важила би за мужеве повериоце, док би у унутрашњем односу између супружника важила претпоставка у корист жене. B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 176–179.

91 Тако Мауровић наводи да је муцијанска претпоставка замењена закључком већине према схватању модерног живота (а по угледу на две чешке основе). I. Maurović, *Izvještaj,* 67.

жена не успротиви. У погледу таквог управљања муж се схватао као сваки други заступник, с тим да је одговарао само за основно добро или главницу, а није полагао рачуне за користи од женине имовине, осим ако је другачије уговорено (чл. 1194). Мужевљево управљање жениним имовином могло се и посебно уговорити.[92] У хитним случајевима или када је постојала опасност од штете, суд је могао, на предлог супруге, одузети мужу управљање чак и у случају да му га је жена заувек поверила (чл. 1195). Овај пропис је нарушавао режим одвојене имовине, привилегујући мужа правом управљања над жениним имовином, због чега је предлагано и његово укидање.[93] Право управљања ипак није било неограничено, прво ограничење огледало се у праву жене да се успротиви мужевом управљању, друго је била одговорност мужа за женину имовину (истина, ово ограничење није значајно, јер није било много вероватно да ће жена тужити мужа због лошег управљања). Са друге стране, мужевљево право управљања је показивало лошији положај жене у привредном животу тог доба. Законодавац је веровао да ће муж боље управљати жениним имовином и зато му је дао такво законско овлашћење. Ипак, овај пропис није потпуно ишао на женину штету. И у данашње доба чест је случај да мушкарци управљају заједничком имовином. То донекле произилази и из сврхе брака, да брачни друг који се боље сналази на тржишту располаже имовином (са разликом што то данас може бити и жена) и може бити одлично решење у интересу оба брачна друга. Ова патријархална одредба показује патријархалне односе тог доба, законодавац те односе није могао да измени, а пропис који је предложио одговара и његовом добу, али и добу у коме би жена била независнија. Колико би овај пропис ишао на штету жене зависило би од њене могућности да користи механизме који ограничавају мужа. Веома је вероватно да у време када је овај нацрт законика писан таквих случајева не би било пуно и да би мужеви имали значајну контролу над имовином жена. Али је исто тако вероватно да би у неком каснијем времену, када је положај жене био поправљен, жене много чешће ускраћивале мужевима управљање над њиховом имовином. Са те стране ова норма, иако је била одговарајућа за још увек патријархалне односе с почетка двадесетог века, није била формулисана тако да значајно кочи економско осамостаљивање жена. Она је била довољно флексибилна да прати промене и функционише у условима веће женске самосталности. То се види и из тога што је

92 Посебан пропис о уговорној управи напредак је у односу на АГЗ, овим би се отклонила сумња о обиму те управе ако супружници нису ништа изричито одредили. В. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 179–180.

93 И. Милић, „Положај жене", 192; А. Божић, 188–189.

законодавац и у случају уговорног управљања оставио могућност жени да судским путем исто ускрати мужу.

3.5. Наследно право

У српском, црногорском и шеријатском праву постојала је, у различитој мери, обесправљеност женских потомака у односу на мушке. Отклањање ове разлике и изједначење женских са мушким потомцима у наследном праву била је веома важна реформа, за коју се снажно залагала стручна јавност. На првом Конгресу правника у Београду, једна од тема било је изједначење мушких и женских потомака у праву наслеђа. Конгрес је скоро јединствено подржао мишљење да је изједначење неопходно, што је потврђено и у изгласаној резолуцији.[94] Интересантан податак је и да је најжустрији међу малобројним противницима изједначења био касније озлоглашени Димитрије Љотић.[95] Ипак, то није први пут да је стручна јавност тражила реформе, таквих захтева је у Србији било и раније, али се они у пракси нису реализовали.[96] Главна препрека изједначењу жена у наследном праву била је сеоска привреда, која је на женско наслеђивање гледала као на цепање и уситњавање имања, па је у народу владало уверење да би ћерка од родитеља требало да добије само мираз. Ипак, у периоду између два рата ситуација се променила, поред пољопривреде развиле су се и друге привредне гране, положај жене се поправио и реформа је била неопходна. Ускраћивање женама наследства на непољопривредним добрима није више имало никакво оправдање. Чак и код сељачких породица у случају пољопривредног имања било је јасно да проблем уситњавања сеоског поседа нису узроковале жене које наслеђују, већ по-

94 Резолуција је гласила: 1) Треба да се у будућем јединственом интестатском наследном праву изједначе права мушког и женског потомства. 2) Треба тако исто, да се за наследство сељачких породица и евентуално занатлијских, индустријских и сличних производних предузећа, како би се спречило њихово распарчавање, установе изузетне мере у специјалним законима, увек чувајући принцип једнакости. 3) У том циљу скреће се пажња законодавцу на установу права откупа у корист једног од наследника. Споменица Првог конгреса правника, 136.

95 *Ibid.,* 130.

96 Види: Слободан Јовановић, *Политичке и правне расправе*, БИГЗ, Београд 1990, 279–281; Урош Станковић, „Хиљаду осамсто четрдесет шеста – наследноправни положај женске деце по трећи пут на дневном реду", Милена Полојац, Зоран Мирковић, Марко Ђурђевић (ур.), *Српски грађански законик – 170 година,* Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 407–416.

већање броја становника,[97] па је један духовити правник приметио да се ти проблеми не могу решити дискриминацијом жена, већ да је једини начин да у помоћ позовемо Малтуса и његову теорију.[98] У реалности, једино решење била је модернизација пољопривреде и урбанизација земље, како би се смањио број људи на селу. Ово решење захтевало је доста времена и није се могло плански спровести у тадашњим условима. Уз то, сеоска популација је била гласачка база тадашњих великих политичких странака, а она није хтела промене већ очување затечене ситуације државном интервенцијом. Зато су политика и струка ишле линијом мањег отпора, усвојено је решење да се начелно мушкарци и жене изједначе у наследном праву, али да се за сеоске поседе и породичне задруге донесе посебан закон којим би се уредила одступања од правила наследног права, у којима би жене биле обесправљене у односу на мушкарце (чл. 744).

Законско наслеђивање – регулисано је члановима 722–743. У законском наслеђивању оставиоца наслеђују брачна деца, била она мушка или женска, на једнаке делове (чл. 724). Свака разлика између полова је укинута и за десценденте, као и за асценденте. Од законских наследника деца и родитељи имали су право на нужни део, који је износио једну половину законског дела за децу, а за родитеље једну трећину (чл. 745–748). Ни код нужног дела није било места прављењу разлике између мушког и женског пола. Ванбрачна деца наслеђивала су само мајку и њене сроднике, исто без разлике на основу пола (чл. 737), и према њима имала су исто право на нужни део.

Надживели брачни друг наслеђивао је поред осталих законских наследника. Величина његовог дела разликовала се у зависности од категорије наследника поред којих је наслеђивао. Тако је наследни део надживелог брачног друга износио једну четвртину ако је наслеђивао поред деце и њихових потомака. Поред родитеља и дедова и баба оставиоца, надживели брачни друг добија половину наследства. Ако је наслеђивао поред дедова и баба, део који би правом представљања припао потомцима умрлог деде или бабе припадао је надживелом брачном другу, па је он у том случају наслеђивао своју половину плус део сваког умрлог деде или бабе. У случају да није било законских наследника прве или друге линије, ни дедова ни баба, надживели брачни друг је наслеђивао цело наследство. У наследни део брачног друга

97 Aneta Mainkas, „Треба ли уједначити мушко и женско потомство у праву наслеђа – koreferat", у *Споменица Првог конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Удружење правника, Београд 1926, 128–129.

98 Споменица Првог конгреса правника, 130–132.

урачунавало би се све што је добио од оставиоца на основу брачних уговора или уговора о наслеђивању (чл. 740).

Ипак, ово право није било потпуно јер није било обезбеђено нужним делом.[99] Тако је релативно повољан положај надживелог брачног друга могао бити потпуно урушен располагањем за случај смрти. Ако би оставилац својим тестаментом оставио брачног друга без дела наследства, он је могао захтевати само пристојно издржавање док не би ступио у други брак. Услов за пристојно издржавање био је да надживели брачни друг нема средстава за живот и да му она нису обезбеђена његовим делом наследства или уговорним (или тестаментом одређеним) издржавањем за случај смрти (чл. 779).

Поред наследног дела, надживелом брачном другу законски су припадале, као претходни легат, покретне ствари које би спадале у брачно газдинство. Поред деце оставиоца припале би му само оне покретне ствари које су нужне за његову властиту употребу (чл. 741).[100]

Надживели брачни друг губио би право законског наслеђивања као и претходни легат ако је због своје кривице био растављен од стола и постеље или разведен од оставиоца (чл. 742).

Поред несумњиве воље да се поправи положај надживелог брачног друга, теорија се поделила око питања наслеђивања брачног друга поред деце оставиоца. Једна конзервативнија струја противила се предлогу да поред деце надживели брачни друг добије четвртину заоставштине и предложила старије решење – право плодоуживања на делу заоставштине. Овај предлог образлаган је жељом да се имовина пренесе на децу,[101] док би за обезбеђење брачног друга било довољно плодоуживање.[102] Осим жеље да имовина пређе на децу, важан аргумент био је и заштита од дробљења сеоског имања, трговачких

99 Право нужног дела није признато надживелом брачном другу зато што комисија није хтела да ограничава слободу располагања, посебно за однос мужа и жене. I. Maurović, *Izvještaj,* 47.

100 Детаљније о мотивима ове норме види: I. Maurović, *Izvještaj,* 43.

101 B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 352.

102 Ајзнер Бертолд, „Питање изједначења женидбеног и наследног права" *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 8, 5–6/1924, 439–441; Ј. Пивнички, 25–34; B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 354; B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 417–419; М. Јовановић, 171, 175; Поред ових, постојали су и умеренији предлози, нпр. предлог Томе Миросављевића, да се наслеђивање надживелог брачног друга регулише по швајцарском моделу, где је надживели брачни друг имао право избора између наслеђивања једне четвртине у својину или доживотног издржавања из супругове заоставштине. Додатак споменици Трећег конгреса правника, 91.

или индустријских предузећа.[103] Ови аргументи нису имали велики практични значај у случају кад је оставилац имао заједничку децу са брачним другом (осим у случају да надживели брачни друг ступи у нови брак), јер би после надживелог друга наслеђивала заједничка деца. Проблематично је било када надживелог брачног друга нису наслеђивала деца коју је добио у браку са оставиоцем, него трећа лица, која нису у сродству са оставиоцем. Ово посебно у случају бракова старијих мушкараца који имају одраслу децу, било је и аргумената да ће оваква наследна правила одвраћати старије мушкарце од брака (јер не желе да их жена наследи) и подстицати живот у конкубинату.[104] Поред овога, постојао је и предлог о подели оставиочеве имовине на наслеђену (породичну) и стечену.[105] Породична имовина би по смрти оставиоца припадала деци, а ако њих није било онда лози из које је и потекла, док би код стечене имовине надживели брачни други имао право на удео. Супротно становиште истицало је несигурност доживотног издржавања и потребу да се надживели брачни друг смрћу брачног друга не избаци из свог материјалног положаја.[106] Без обзира на све критике стручне јавности против наследног права надживелог брачног друга, ово право је поправљало положај жене (у наследном праву надживелог брачног друга се и говорило као праву наслеђивања удовице, јер је у великој већини случаја надживели брачни друг био женског пола). У неком смислу ово право је и заслужено, жена је обично помагала мужу у стицању имовине, а у њој није учествовала због режима одвојених имовина, па би правда налагала да и она има удео у заоставштини. Осим тога, део који би наследила из мужа дао би удовици материјално обезбеђење у старости кад вероватно није била способна да привређује. Ипак, велика мана Предоснове је пропуштање да се надживелом брачном другу призна право на нужни део, што је могло угрозити његову материјалну сигурност у старости. Повлашћивање деце у односу на

103 B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 352; B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 418.

104 Ј. Пивнички, 26.

105 Ј. Пивнички, 27, 32–34; Додатак споменици Трећег конгреса правника, 92; овакву могућност спомиње и Мауровић, али је одмах и одбацује као застарелу, остављајући могућност њеног увођења у будућа посебна правила сељачког наследног права, I. Maurović, *Izvještaj,* 42–43.

106 Живојин Перић, „Нацрт законских прописа о Законском (Интестатском) Наслеђивању у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (израђен у Стал. Законодавном Савету при Министарству Правде) са претходном примедбом и објашњењима", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 14, 5/1927, 430–431; I. Maurović, *Izvještaj,* 41–42; Лепосава Петковић, „Жена пред законом у Србији", *Женски покрет*, књ. 1, 11–12/1921, 341–342.

надживелог брачног друга било је у складу са тадашњим схватањима да се имовина пренесе деци, али треба имати у виду да су млада деца у бољем економском положају од старих удовица, и да је и о њима било потребно водити рачуна.

Удовичко издржавање – регулисано је члановима 1196–1198. Удовици је по закону припадало издржавање из заоставштине мужа за шест седмица по смрти мужа, ако је била трудна док не протекне шест седмица након порођаја (чл. 1197). Брачним уговором могло се одредити удовичко издржавање за случај смрти мужа, независно од законског (чл. 1196). Висина и дужина овог издржавања биле би утврђене споразумно, али удовица није могла да користи уговорно издржавање у исто време кад и законско. Ако би се удовица преудала, губила би право на удовичко издржавање (чл. 1198).

Уговорно наслеђивање – регулисано је члановима 1200–1207. Уговор о наслеђивању могли су да склопе супружници или заручници (али би у овом случају он производио дејства само кад се склопи брак). Уговором је могао један брачни друг да постави другог за наследника, а овај то да прихвати или да се узајамно поставе за наследнике (чл. 1200). Уговором није могла бити обухваћена целокупна имовина, сваком супружнику морала је остати чиста четвртина, неоптерећена теретима ни нужним деловима за тестирање (чл. 1204). Уговор о наслеђивању могао је користити жени да осигура себи наследство иза мужа, посебно јер брачни друг није имао право на нужни део, а није постојала ни заједница добара. Али уговорно наследно право, иако начелно повољно, имало је једну према жени неравноправну одредбу. По престанку брака, мушкарац је могао одмах склопити нови без негативних последица, док је жена морала да чека да прође три месеца да би склопила нови брак (ради избегавања мешања крви у случају трудноће). Уколико би склопила брак пре протека овог рока, губила би све користи из уговора, тестамента или споразума при разводу брака из претходног брака (чл. 171–172).[107]

4. СЕЉАЧКО НАСЛЕДНО ПРАВО

Посебно наследно право за сеоска имања требало је да буде усвојено ради спречавања уситњења сеоског поседа. Два питања била су спорна у његовом уређењу – прво, да ли да се посебно сеоско на-

107 Овакво решење је критиковано као неправедно и застарело, па је захтевано изједначење правила са оним које је важило за мушкарце. Исправност овог става види се и по томе што је рок жаљења изостављен у чехословачком Пројекту који је био најсличнији нашој Предоснови. А. Божић, 141, 191.

следно право уреди у грађанском законику или у посебном закону и друго, на који начин да се оно обезбеди. У тексту Нацрта тринаестог поглавља,[108] који је саставио и за расправу објавио Живојин Перић, била су предвиђена посебна правила за наслеђивање сеоских поседа која би важила само на територијама предратне Србије и Црне Горе. Ипак, у коначној редакцији Предоснове она су избачена и додат је члан 744, који предвиђа одступања од наследног реда која ће бити уређена у посебним законима, међу којима ће бити и закон о сеоској инокосној породици и закон о породичној задрузи. Ови посебни закони, као и Предоснова, нису усвојени.

Пошто је прво питање решено у корист посебног закона, остаје да се види која су решења понуђена за проблем сељачког наследног права. Одређење правила сељачког наследног права било је веома тешко, јер је захтевало да се помире два противречна интереса – равноправност жена са мушкарцима и недељење сеоског имања, то јест покушај да имање остане једном наследнику или што мањем броју наследника. На првом Конгресу правника у Београду као решење понуђено је право преузимања (откупа). Детаљан предлог изнео је референт Станко Лапајне. Означивши као највеће опасности по сељачки посед прво, могућност да се раздроби физичком деобом или да се отуђи, и друго, могућност да њиме загосподаре жене, он је решење овог проблема нашао у праву једног мушког потомка да откупи делове осталих наследника.[109] Референт је дао детаљан предлог норми за право преузимања: 1) оно би важило само за средњи[110] и ситан сеоски посед (јер само таквим поседима прети опасност од уситњавања), не би обухватало имовину сељака која није у вези са сеоским поседом; 2) право преузимања било је право, а не обавеза и наследник није био дужан да прихвати да исплати делове осталих наследника; 3) приликом позивања на право преузимања предност би имали мушки над женским потомцима, ближи сродници над даљим и старији над млађим; 4) вредност поседа, па преко ње и наследних делова, одређивала би се споразумно, ако се споразум није могао постићи онда се вредност поседа одређивала помоћу вештака; 5) санаследници би морали да чекају до три године на исплату отпремнине (диспозитивно правило, могло се другачије уговорити), али би могли да траже осигурање њиховог откупа заложним правом на пре-

108 Ж. Перић, „Нацрт законских прописа", 415–431.

109 Stanko Lapajne, „Треба ли уједначити мушко и женско потомство у праву наслеђа – referat", *Споменица Првог конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Удружење правника, Београд 1926, 117–119.

110 Средњим поседом се сматрао посед којим је могла да се прехрани једна породица.

узетом поседу; 6) ово право важило би само у случају да оставилац није тестаментарно располагао имањем.[111] Кореферент Иво Милић сложио се са предлогом о праву преузимања.[112] Кореферент Анета Маинкас сложила се са предлогом о праву преузимања, тражећи само изостављање предности мушкараца над женама. У резолуцији коју је Конгрес усвојио законодавцу је скренута пажња на установу права откупа у корист једног од наследника.[113] Може се закључити да је идеја откупа била веома популарна у стручној јавности.[114]

Званични пројекат ипак је предложио друго решење. Ово решење није било воља самог редактора, Живојина Перића, већ је оно израђено према упутствима Приватно-правног одсека Министарства правде. Упутство је гласило да се начелно мушки и женски потомци изједначе, а да се од тог принципа одступи само код сеоских породица у Србији и Црној Гори.[115] За изузетак је требало пронаћи средње решење између аустријског и српског права. Приватно-правни одсек Сталног законодавног савета разматрао је предлог права преузимања, али га је одбацио, не поричући вредност аргумената у прилог тог предлога. Разлог одбијања права преузимања била је бојазан да би проценитељи увек стали на страну мушкараца и наследство процењивали веома ниско, чиме би обезвредили наследни део жене.[116] Ово уверење законописци су стекли посматрајући процене

111 S. Lapajne, „Треба ли уједначити", 119–121.

112 Иво Милић, „Треба ли уједначити мушко и женско потомство у праву наслеђа – кореферат", *Споменица Првог конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Удружење правника, Београд 1926, 126.

113 Споменица Првог конгреса правника, 136.

114 Осим на Конгресу правника, ова идеја је заговарана и у дискусији о будућем законику. Види: Драгомир Милојевић, „Наследно право по пројектном Грађанском Законику", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. X, 5–6/1925, 411–417.

115 Сељачко наследно право било је предвиђено само за територије предратне Србије и Црне Горе, јер је на другим територијама, посебно у Војводини и Словенији, постојала од народа прихваћена једнакост у наслеђивању, па би норме сељачког наследног права биле *reformatio in peius*, а то је требало избећи. Тако би сељачко наследно право било покрајинско право, и за његову примену би било меродавно пребивалиште оставиоца. Драгољуб Аранђеловић, „О изједначењу мушких и женских сродника у законском наслеђивању", *Збирка расправа*, Геца Кон, Београд 1926, 116–117; супротно овоме, проширење наследног права на целу земљу предлагао је Б. Ајзнер наводећи да сељачко становништво тих области жели исто или слично сељачко наследно право. Уз то он наводи и прописе о наслеђивању сељачких имања на тим просторима. Види: Б. Ајзнер, „Питање изједначења", 435–438.

116 Поред овог, главног, разлога, против права преузимања истицано је и то што оно доводи до великог броја бескућника, а са друге стране и до презадужења сељачког поседа због исплате отпремнине у новцу. Види: Б. Ајзнер, „Питање изједначења", 438.

приликом деоба породичних задруга.[117] Приватно-правни одсек је понудио решење које је окарактерисао као најбоље за тадашње прилике (или, тачније, најмање лоше), по коме би жене добијале умањен наследни део у својину. Чланом 733а Нацрта тринаестог поглавља (О законском наслеђивању) предвиђено је да се, у случају кад постоје и мушки и женски потомци истог степена, заоставштина подели на онолико делова колико укупно има потомака, и да сваком женском потомку припадне половина тако добијеног дела. Имовина која после тога преостане дели се мушким потомцима на једнаке делове. Овакав наследни ред је компликован за израчунавање. Ако наследни део женског потомка обележимо са *x*, наследни део мушког потомка са *y*, број мушких наследника са *m*, и број женских наследника са *ž*, можемо дати следећу формулу за израчунавање наследних делова:

$$x = \frac{1/(m+ž)}{2} ; y = \frac{1-x*ž}{m}$$

Наследни део жене није имао сталну пропорцију у односу на мушки, и зависио је од броја мушких и женских наследника. Варијације у делу можемо видети у следећој табели за случај где наслеђује 10 наследника у разним комбинацијама мушких и женских наследника:

Број женских наследника	Број мушких наследника	Величина женског наследног дела	Величина мушког наследног дела	Однос између делова
10	0	10%	/	/
9	1	5%	55%	**1: 0,09**
8	2	5%	30%	**1: 0,16**
7	3	5%	21,6%	**1: 0,23**
6	4	5%	17,5%	**1: 0,28**
5	5	5%	15%	**1: 0,33**
4	6	5%	13,3%	**1: 0,38**
3	7	5%	12,1%	**1: 0,41**
2	8	5%	11,2%	**1: 0,45**
1	9	5%	10,5%	**1: 0,48**
0	10	/	10%	/

117 Ж. Перић, „Нацрт законских прописа", 421–422, фн. 4.

Види се да је женски део био знатно мањи од мушког, и да се у ретким ситуацијама приближавао половини мушког дела. У случају истог броја мушких и женских наследника, женски део је износио трећину мушког, а у случају већег броја женске деце и једног мушкарца та разлика је могла бити екстремно велика.

Сељачко наследно право није обесправљало само женску децу, већ и надживелог брачног друга (што је у већини случајева била жена). Према члану 757а Нацрта,[118] ако би наслеђивао поред потомака, надживели брачни друг би добио петину заоставштине (уместо четвртине). Ако би надживели брачни друг наслеђивао поред сродника из другог или трећег наследног реда, добијао би трећину заоставштине (уместо половине). Ако наслеђује поред сродника из четвртог наследног реда, брачни друг би добијао половину заоставштине (уместо две трећине).

Сеоска породица на коју би се примењивало сељачко наследно право, одређена је по домицилу, а не по основној делатности њених чланова (чл. 733б Нацрта). Ово одређење било је једноставно, али неправедно и нефункционално, па је са разлогом било предмет критике. Предлагано је да се посебна правила примењују само на породице којима је земљорадња једино или главно занимање, јер је било земљорадничких породица и у градовима, а и неземљорадничких у селима.[119] У уводном закону требало је да стоји одредба да правила о сељачком наследном праву важе само за територију предратне Србије и Црне Горе.[120]

Ова решења су произашла из потребе да се спречи раздробљавање сеоског поседа са једне стране, али и да се удовољи народном схватању по ком женска деца не заслужују наслеђе иза родитеља. Она су била лака за примену, али нису одговарала својим задацима. Жене нису биле изједначене са мушкарцима, њихов наследни део био је у пракси мањи и од половине мушког дела. На крају, одређење сеоске породице као породице која има домицил у селу није одговарало потребама заштите сеоског поседа. Ова неадекватна решења сељачког наследног права била су, дакле, компромис и са патријархалном средином, али и са неспособношћу система да административно подржи примену права откупа, које је по свим параметрима боље одговарало задацима заштите сеоског поседа и равноправности жена са мушкарцима. Ипак, мора се нагласити да су и после Другог светског рата, по изједначењу мушких и женских наследника, жене

118 *Ibid.,* 427.

119 И. Милић, „Треба ли уједначити", 126.

120 Ж. Перић, „Нацрт законских прописа", 424.

на селу биле неформалним начинима присиљаване да се одрекну наследства у корист мушких наследника.[121] Сељачко наследно право био је очајнички покушај да се реши проблем сеоског поседа, за који је било очигледно да неће успети. Немогућност сељачког наследног права да спречи проблем уситњавања поседа била је очигледна јер се проблем уситњеног сеоског поседа појавио и у Србији, у којој су жене биле потпуно лишене наследног права. Ипак, политички и социјални притисци довели су до изнуђеног решења, које није било делотворно, али јесте било неправедно и компликовано.

5. ШЕРИЈАТСКО ПРАВО

Међународним уговором из Сен Жермена о заштити мањина Југославија се обавезала да ће за грађане муслиманске вероисповести у питањима породичног и наследног права важити верско право. Осим међународног уговора, примену шеријатског права у Југославији тражили су и представници Југословенске муслиманске организације – политичке партије која је заступала интересе муслимана.[122] Испуњење овог захтева и међународне обавезе спроведено је Уставом из 1921. у члану 109, где је одређено да ће у породичним или наследним пословима муслимана судити државне шеријатске судије.[123] Исто је касније потврђено и у члану 100. Устава из 1931.[124] Ради примене ових одредби донет је Закон о уређењу шеријатских судова и о шеријатским судијама од 21. марта 1929. Чланом 2. закона је прописана примена шеријатског права за: 1) ствари брачног права ако су оба супружника исламске вероисповести или ако је брак склопљен пред шеријатским судом; 2) у истом опсегу, све ствари које се односе на права и дужности између родитеља и деце; у ово се броје и спорови у којима се расправља да ли је дете у законитом браку рођено; 3) распра-

121 Радомир Лукић, „Наше ново право и сељачко друштво", *Глас Српске академије наука и уметности*, Одељење друштвених наука, 15/1971, 153–155.

122 Инсистирање муслиманских политичара на примени шеријатског права резултирало је строжом применом шеријатског права у Југославији него у другим државама које су преузеле сличну међународну обавезу. Док је у другим државама важење шеријатског права било или ограничено или реформисано, оно је у Југославији било потпуно обавезно за муслиманску мањину. Фикрет Карчић, *Шеријатски судови у Југославији 1918–1941*, Факултет исламских наука у Сарајеву, Сарајево 2005, 33–53.

123 Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Нова књига, Београд 1988, 224.

124 Устав Краљевине Југославије, *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије*, Нова књига, Београд 1988, 262.

вљање деоба и заоставштина муслимана; 4) постављање старатеља; 5) проглашење муслиманских особа умрлим; 6) вакуфске ствари.[125] То значи да би, у случају усвајања текста Предоснове као јединственог грађанског законика, правила шеријатског права наставила да важе за муслиманско становништво у претходно набројаним случајевима. Ово налаже темељније испитивање самих правила, као и могућности да та правила важе паралелно са правилима Предоснове.

Правна и пословна способност жене у шеријатском праву била је неограничена, без обзира на то да ли је била удата или не (ипак, она се могла ограничити индиректно, преко института мужевљеве власти – види ниже).[126] Жена је могла бити и тутор или старатељ, као и тестаментарни сведок, исто као и мушкарац.[127] Могла је бити и сведок, али је женско сведочење било слабије од мушког, тј. два женска сведочења имала су снагу као једно мушко (осим изузетних ситуација, као нпр. код порођаја где је женско сведочење вредело као два мушка).[128]

Мужевљева власт над женом постојала је у шеријатском праву и њен обим је био веома велики. Она се није односила само на дужности из брака као нпр. у аустријском праву, већ је обухватала дужности послушности и покорности. Кретања жене ван куће морала су бити одобрена од стране мужа.[129] Уколико је муж обављао своје дужности према жени (издржавао је), жена није смела излазити изван дома без његове дозволе и знања. Ако је није издржавао, онда је смела и без одобрења.[130] Жена је свакако по закону смела да излази без мужевог одобрења једном седмично у посету родитељима, а осталој родбини једном годишње.[131] У посету кући жени су могли долазити рођаци, а за остале госте било је потребно одобрење мужа. Исто тако, било јој је забрањено да посећује сумњиве локале и места где се точи алкохол. Уз то, жени је било забрањено да се бави плесом.[132]

125 Закон о уређењу шеријатских судова и о шеријатским судијама, Геца Кон, Београд 1929, 5–6; Bertold Eisner, „Šerijatsko pravo i naš jedinstveni građanski zakonik", *Правосуђе*, посебан отисак из бр. 6 за јул 1936, 4.

126 B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 370.

127 *Ibid.,* 369.

128 Абдулах Бушатлић, „Човјек и жена", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 11, 4/1925, 306.

129 B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 370.

130 А. Бушатлић, „Човјек и жена", 306.

131 *Ibid.,* 308.

132 Hazif A. Bušatlić, „Bračni položaj supruge u bračnom, imovinskom i nasljednom pravu", *Споменица за 3. главну скупштину Конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца,* Стални одбор конгреса, Загреб 1927, 195; А. Бушатлић, „Човјек и жена", 306.

Жене су биле дужне да буду покривене од пунолетности па до старости, да не би на себе привлачиле похоту мушкараца.[133]

Муслиманки је било дозвољено да ступи у брак само са лицем исламске вероисповести, док су мушкарци могли да се жене и женама друге вероисповести. Мушкарцима је била дозвољена полигамија, могли су да имају до четири жене (мада су услови за полигамију у Југославији били високи и тешко испуњиви), а жене су могле да имају само једног мужа. Прелаз било ког брачног друга у другу веру повлачио је по сили закона престанак брака, губитак наследних права као и губитак старатељства над децом, а ако је жена била та која је прешла у другу веру, онда је губила и право на издржавање по престанку брака. Ако би жена прешла у ислам, а муж не, њихов брак би био поништен, ако би и муж прешао, брак би остао важећи.[134]

У брачно-имовинском праву важио је режим одвојених имовина па муж није имао никаква права према жениној имовини. Жена није била дужна ни да имовински доприноси ради олакшања имовинских терета брака. Напротив, муж је био дужан да сноси све имовинске терете брака, а у случају да није могао да издржава жену, она је имала право да тражи развод брака.[135] Жена је имала право на мехр – део мужевљеве имовине који је он приликом склапања брака давао жени. Мехр је могао бити предат приликом склапања брака или је могло бити уговорено да припадне жени у случају „пуштања" жене или смрти мужа. Мехр је био главно средство да се жена имовински осигура за случај престанка брака.[136]

Највећа разлика између мушкарца и жене постојала је у погледу развода брака. Посебно проблематично било је право мужа да било кад, по сопственој вољи, развргне брак. Ова установа, названа пуштање жене, била је веома неповољна, јер муж није био ограничен одређеним разлозима, једино је био дужан да жени да мехр и издржавање за време кога није смела ступати у нови брак (које је по правилу износило три месеца).[137] Мехр и ово кратко издржавање нису били довољни да имовински обезбеде „пуштену" жену, па је њен материјални положај обично био веома лош. Са друге стране, жена је због наводног „тежег нагона" и слабијег осећаја могла да откаже брак само у тачно одређеним случајевима који су се сводили на немогућност мушкарца да је издржава или да са њом полно општи.[138]

---

133 А. Бушатлић, „Човјек и жена", 306.

134 H. A. Bušatlić, „Bračni položaj supruge", 196.

135 B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 307–371.

136 *Ibid.,* 370–371.

137 *Ibid.,* 371.

138 А. Бушатлић, „Човјек и жена", 306.

Жена је могла приликом склапања брака да уговори додатне разлоге за развод брака, као и да тражи од мужа да јој призна право да једностраном изјавом воље развргне брак, али су у патријархалном друштву прве Југославије овакви уговори били веома ретки.[139] Тако шеријатско право није признавало жени право на развод ни у случају злостављања.

У наследном праву разликовали су се наследни редови за мулк и миријску својину. Наслеђивање миријских непокретности било је регулисано отоманским Законом од седамнаестог мухарема 1284 (1867). Законски наследни ред био је следећи: 1) деца; 2) унучад; 3) родитељи; 4) пунокрвна браћа и браћа по оцу; 5) пунокрвне сестре и сестре по оцу; 6) браћа по мајци; 7) сестре по мајци; 8) надживели брачни друг. Жене су у прве три класе биле једнаке са мушкарцима, а у осталим класама се давала предност мушким у односу на женске наследнике и мушкој лози у односу на женску лозу.[140] Кад нема наследника из једне од седам класа, надживелом брачном другу припада, поред законског наследног права, и право на четвртину оставине уз наследнике треће до седме класе.[141] Реформа наслеђивања миријских некретнина требало је да буде извршена посебним законом, који би највероватније прихватио наследни ред по АГЗ-у, али до реализације овог пројекта није дошло.

Наслеђивање мулк својине било је уређено прописима шеријатског права. Шеријатско наследно право давало је предност мушкарцима – женски наследни део износио је половину мушког дела. Женски наследник није никад могао добити целу заоставштину. Ако би нпр. унука или ћерка била једини десцендент, добила би само половину заоставштине. Ако би било више ћерки или унука, а не би било синова или других мушких десцендената, тад би оне добиле укупно две трећине заоставштине. Уз то, постојала је предност пунокрвних сродника у односу на полукрвне, као и предност полукрвних сродника са очеве у односу на полукрвне сроднике са мајчине стране.[142] Положај удовца био је повољнији од положаја удовице. Удовац је имао право на половину заоставштине умрле жене у случају да не наслеђује поред деце или синовљевих потомака, а ако би наслеђивао поред њих, на једну четвртину. Удовица је, пак, у истим случајевима имала право на једну четвртину, односно на једну осмину у случају да наслеђује поред потомака.[143]

139 Hazif Abdulah Bušatlić, *Porodično i nasledno pravo muslimana*, Sarajevo 1926, 50–69.

140 B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 372.

141 *Ibid.*, 372.

142 *Ibid.*, 374.

143 *Ibid.*

Разлика вере била је препрека за наслеђивање у шеријатском праву. Она је додатно погоршавала положај немуслиманске жене у шеријатском браку, која није могла да наследи мужа уколико не би прешла у ислам.[144]

6. СТАВОВИ ТЕОРИЈЕ И ЗАГОВАРАЊЕ РЕФОРМИ ПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ЖЕНЕ

Мишљења правника, иако нису извор права, значајно утичу на законодавство, посебно на дуги рок. Раније су дата мишљења теорије уз конкретне предлоге реформи у Предоснови, али поред тога, овде треба представити општи став теорије и друштва према женама и реформи њиховог положаја.

Прво битно питање било је да ли је жена способна да самостално управља својим личним и породичним животом и да ли је, у вези са тим, било потребно дати право њеном мужу (или оцу) да руководи њеним животом или да јој наређује. Уколико се усвајало гледиште да неки мушкарац мора да води рачуна о жени, постављало се питање колики треба да буде обим његовог права. У патријархалним друштвима старог и средњег века често је било уверење о одређеној инфериорности жена у односу на мушкарце.[145] То уверење имало је одраз и у праву, где су жене потчињаване вољи мушкараца, нпр. у римском праву жене су због своје наводне урођене лакомислености биле под влашћу оца или мужа (*patria potestas*), а ако нису биле под влашћу, онда су биле под туторством (*tutela mulierum).* Ово схватање наставило је да постоји у средњем веку, а велики утицај задржало је и почетком XIX века. Последице овог схватања видимо у СГЗ-у, који је чланом 920. удатој жени одузео пословну способност и ставио је у неповољнији положај од малолетника.[146] Уз то чланом 110. СГЗ-а одређена је и обавеза послушности жене, тј. обавеза жене да извршава мужевљеве наредбе.[147] Важно је напоменути да је власт мужа, иако

144 H. A. Bušatlić, *Porodično i nasledno pravo,* 35–36.

145 Види: Gerda Lerner, *The Creation of Patriarchy,* Oxford University Press, New York – Oxford 1986.

146 Треба напоменути да лош положај жене у СГЗ-у није узрокован ставовима у теорији, већ социјалним приликама тог доба. Треба нагласити и да се редактор СГЗ-а, Јован Хаџић, залагао за бољи положај жене, али да тадашњи законодавци нису прихватили његове предлоге.

147 „Супруга пак дужна је мужа свога слушати, наредбе његове набљудавати, за њим ићи и где он за добро нађе, с њиме онде живети; њему по силама својим у отправљању домаћих послова, у прибављању, а нарочито чувању имања при-

формално закоником прописана, у пракси имала доста ограничен значај, чак и у патријархалном друштву Србије XIX века.[148]

Став о потчињености жене, који је прихваћен у СГЗ-у, био је одбачен почетком XX века, а решења која су се на њему заснивала критикована.[149] Ипак, потпуна једнакост мужа и жене у браку није прихваћена. Брак као заједница двоје људи свакако би требало да функционише на сагласности оба партнера, али се поставило питање шта чинити ако се партнери не слажу. У оваквим случајевима, по схватањима савременика, предност је требало дати вољи мужа.[150] Тако муж остаје надмоћан члан у породици, али су његова овлашћења доста рестриктивно постављена. Он више нема власт над женом која мора да га слуша, он сад има право само да управља животом породице.[151] Спорно је само до које границе се простире управљање животом породице. Ту су се појавиле две струје, једна конзервативнија, која је сматрала потребним да муж да сагласност да би се жена запослила или бавила неким занимањем,[152] и друга, либералнија, која је сматрала да је женин пословни живот њено лично питање на које муж не би требало да утиче. Требало би напоменути да су конзервативни правници предвиђали да се муж може успротивити професионалном ангажовању жене искључиво ако то интерес породице захтева. Овакво правило постојало је у швајцарском и

помагати, и кућевни ред и чистоту набљудавати, и нарочито децу намиривати, у чистоти и благонаравију садржавати и чувати."

148 Детаљније о власти мушкарца у пракси као и о неформалним механизмима социјалне регулације у патријархалном друштву на селу и у граду види: Александра Вулетић, „Власт мушкараца, покорност жена – између идеологије и праксе", Ана Столић, Ненад Макуљевић (ур.), *Приватни живот код Срба у деветнаестом веку: од краја осамнаестог века до почетка Првог светског рата*, Clio, Београд 2006, 112–132.

149 Види: Д. Аранђеловић, „Реформа пословне способности", 89–98; B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 409; М. Јовановић, 157–158.

150 Ж. Перић, *Образложење*, 133.

151 „Муж има власт издавања наредби жени, као што стоји у чл. 149, само у колико је реч о домаћем реду, (...) иначе не јер би се то противило њиховој равноправности и праву женином на њену индивидуалност", Ж. Перић, *Образложење*, 137; „Али не као деспотски господар просто по својој вољи него, каже закон, *саобразно сврси брака*, у којем супрузи имају бити верни и пристојно се један према другом понашати. (...) Његовом утицају не подлежу њене нарочите, *личне* ствари, које немају везе са породицом, него је он глава *породице*, којој и сам припада. Своју надмоћ, законом признату, он може испољавати у *заједничким пословима* брачне заједнице.", Д. Аранђеловић, „Реформа пословне способности", 96.

152 М. Јовановић, 155–156; B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi,* 150–151; B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 410;

немачком праву, а у случају злоупотребе права мужа, жена је могла покренути судски спор и тражити да суд да дозволу уместо мужа.[153] Иако је конзервативно становиште имало извесне аргументе, у Предоснову и у Трговачки закон Краљевине Југославије из 1937. године није ушао пропис о потреби пристанка мужа за професионално ангажовање жене.[154] Овај повољан исход значио је да је жена ограничена мужевљевом вољом само у питањима у вези са самим домаћинством, с тим што су и у тим ситуацијама мужевљева права била ограничена на разлоге у вези са функционисањем домаћинства. Ван тих разлога муж није могао да се меша у женин приватни живот.

Друго важно питање тицало се наследног права жена у сеоским срединама. Проблем није био једино у уситњавању сеоског поседа, како се то наводило у теорији, већ и у свакако лошијем положају жена у сеоским срединама у односу на градске. Иво Милић у свом кореферату на првом Конгресу правника наводи праксу сеоских породица да остављају имање једном наследнику и да се труде да искључе остале наследнике. У крајевима где је важио АГЗ, сеоске породице желеле су право као и у Србији.[155] Као доказ за ту тврдњу он наводи да у Србији, у којој жене немају право наслеђивања, сељаци готово никад не праве тестамент, а у крајевима у којима је важио АГЗ готово увек. Сељаци су били шкрти приликом давања мираза ћеркама и притискали су их да се одрекну наследства.[156] Они не само да нису давали женској деци да наслеђују пољопривредне некретнине, већ су били шкрти и у давању друге имовине женској деци. На ћерке се гледало као на чланове породице који ће из куће отићи удајом, и гледало се да се што мање на њих издвоји да се имање не би расипало.[157] Један

153 У немачком праву муж је могао, по одобрењу суда, да откаже женин уговор о раду. У швајцарском праву муж није могао да откаже женин уговор о раду, али се тражио пристанак мужа да би жена могла да се запосли. Уколико би муж злоупотребио ово право, жена се могла обратити суду који је могао дати одобрење уместо мужа. А. Божић, 120.

154 Ж. Перић, *Образложење,* 134–135.

155 Ово потврђује и Ајзнер: „Сви познаваоци прилика потврђују, да се сељачки народ у оним подручјима у којима се примењује АГЗ, противи примени његовог наследног права и настоји да га мимоиђе...", уз то он напомиње да овакво наследно право има и штетне последице на сељачки посед. B. Eisner, „Privatnopravni položaj žene", 416.

156 И. Милић, „Треба ли уједначити", 124.

157 Тако Живојин Перић наводи: „Није ретко, а догађа се поглавито у задругама, које су у Србији још многобројне, да један сељак, који нема сина, радије ставља своје синовце за наследнике у тестаменту, него ли што оставља имање својој рођеној кћери: зато јер ће синовац продужити породично име, и кућа и слава породичних предака остаје одржана, док кћи удајом улази у другу породицу,

аутор је ово стање ствари описао већом љубављу коју родитељи гаје према синовима него према ћеркама.[158] Тако је, због патријархалног става да женска деца напуштају породицу, па због тога не треба да наслеђују ни породичну имовину, женско наслеђивање било угроженије него због разлога којима је оправдавано сељачко наследно право. Дебата о сељачком наследном праву вођена је у духу равноправности жена и мушкараца, а у циљу очувања сеоског поседа нису дискриминисане само жене него и мушкарци који се не баве земљорадњом (нпр. Иво Милић предлаже и да се браћа која се не баве земљорадњом изједначе са женама).[159] Чак је и Нацрт законика о наслеђивању дао одређено наследно право женама. Са друге стране, сељаци се нису руководили спречавањем уситњавања поседа уз адекватну накнаду женама и мушкарцима који се не баве пољопривредом, они су се трудили да женама не дају ништа, или ако су били обавезни да им дају нешто, да им дају минимум. Ово схватање нашег сељачког становништва не може се приписати у кривицу правника. Они нису могли да утичу на сељаке без обзира на то какви су закони постојали. Утицај јавног мњења на политику угрожавао је и умерена решења из Предоснове. Од рационалног аргумента који је изнела Анета Маинкас – да уситњавање поседа није узроковано наслеђивањем жена, него већим бројем потомака који наслеђују од једног оставиоца,[160] већу тежину имао је аргумент Димитрија Љотића да су политичари, који ће гласати о законику, више у вези са народом од правника, а да се народ из разлога традиције, очинске власти и породице противи изједначењу мушких и женских сродника.[161] Овај проблем је делимично решен тек касније, и то не због промене става правника и праведнијих закона о наслеђивању, већ због индустријализације и промене економског положаја жене. Чињеница да и у данашњем друштву постоје трагови схватања да женска деца не би требало да наслеђују родитеље показује дубину овог проблема.

чије име узима и тиме пушта, да име њенога оца и породице одакле је потекла, падне у заборав.", Ж. Перић, „Жена у Српском грађанском законику", 30.

158 „Најдража и најмилија створења човека су његово мушко потомство..."; „Љубав према женском потомству слабија је.... Услед овога наш данашњи законодавац схватајући правилно све ове чињенице и створио је у наследном праву приоритет мушке над женском децом." Треба нагласити да се Милојевић није залагао за одржање оваквог стања, већ за право откупа наследног дела у ком би жене биле изједначене са мушкарцима. Д. Милојевић, 413–414.

159 И. Милић, „Треба ли уједначити", 126.

160 A. Mainkas, 128.

161 Споменица Првог конгреса правника, 130.

Треће отворено питање тицало се важења прописа шеријатског права. Ово питање односило се на целокупно шеријатско породично и наследно право, па ће зато и овде бити разматрано у ширем контексту. Југославија се обавезала међународним уговором и својим уставима на примену шеријатског права за муслиманску мањину. Са друге стране, постојали су јаки разлози против његове примене – једнакост грађана пред уставом и законима није била могућа у случају важења шеријатског права, само шеријатско право имало је доста застарелих и дискриминишућих прописа који нису били у складу са вредностима демократске државе и, напослетку, правила шеријатског права омогућавала су изигравање брачних права других верских заједница и често су злоупотребљавана у те сврхе. Према шеријатском праву начелно су постојала три става – да би га требало укинути и усвојити јединствено грађанско право,[162] да би га требало реформисати, и да би га требало стриктно примењивати без икаквих измена. Велики део конзервативне муслиманске заједнице залагао се за примену шеријатског права без реформи, што је приморало део муслиманских правника који су прихватали потребу за реформама да реформске захтеве сведу на најмању могућу меру. Уз то, муслимански правници, због озбиљне критике и притиска групе која је предлагала укидање шеријатског права, били су принуђени да прописе шеријатског права представљају као напредне, што је такође смањивало могућност реформе.

Као за жену проблематичне биле су идентификоване норме о: разводу брака (најпроблематичније је било пуштање жене), полигамији, забрани брака муслиманке са немуслиманом, раскидању брака кад жена пређе у ислам, а муж не, праву мужа на контролисање кретања жене ван куће и посета које прима у кућу, обавези покривања жене, законском наслеђивању, итд. Од набројаних проблема, исламски правници су предлагали реформу само за брачно право, и то у вези са полигамијом и пуштањем жене, јер се то не би противило темељним установама шеријатског права.[163] Од стране немуслиманских правника постојао је велики притисак да се онемогући изигравање брачног права других верских заједница преласком у ислам.[164]

Укидање или значајно реформисање шеријатског права није изгледало вероватно. Даља примена шеријатског права би вероватно била настављена према горенаведеним прописима. Ово није било

162 На трећем Конгресу правника, Иван Павичић се залагао за укидање шеријатског права ради унификације права и једнакости грађана пред законом. Додатак споменици Трећег конгреса правника, 92; И. Милић, „Положај жене", 193.

163 H. A. Bušatlić, „Bračni položaj supruge", 198.

164 B. Eisner, „Šerijatsko pravo", 12–13.

оптимално решење, али је било нужно због конзервативног става великог дела муслиманског становништва. У међуратном периоду спроведене су реформе шеријатског права у Турској и Египту, па је то повећало могућност да се сличне реформе спроведу и у Југославији. Охрабрујуће је било то што се пракса југословенских шеријатских судова кретала ка решењима из тих реформи, мада је и даље значајно заостајала за њима.[165]

Осим начелне расправе о побољшању положаја жене, теорија је дала и неке занимљиве предлоге, за које је постојало и значајно залагање. Занимљив предлог дао је Јован Пивнички, предлажући да се да наследно право удовици раније умрлог сина над наследством његових родитеља. Како је она провела у тој кући значајан део свог живота, и учествовала у стицању имовине, сматрано је као неправедно да она не добије ништа од тога зато што је њен муж умро пре свог оца. Зато је препоручио да удова снаха у имању родитеља раније умрлог мужа наслеђује, као да је муж своје родитеље надживео.[166] Пажњу привлачи и предлог који је дао Станко Лапајне, да се неконкретизоване норме, без ефикасне санкције,[167] избаце из будућег законика. Он је том приликом навео норме: 1) о обавези да се пристојно један према другом понашају, 2) да заједно живе, 3) да живе у међусобној љубави, 4) да је муж глава породице.[168] Поред стручне јавности, поправљање положаја жене заговарале су и женске организације. Пажњу посебно привлаче три текста у Женском покрету о жени пред законом у Србији,[169] Хрватској и Славонији[170] и Словенији.[171] Текстови су обрађивали седам горућих питања на сваком правном подручју: положај ванбрачног детета и његове мајке, положај деце разведених родитеља, склоност алкохолу као бракоразводни разлог, наслеђивање женске деце, наслеђивање супруге, могућност да удата жена располаже својим имањем и положај жене у праву старатељства. Каснији законски предлози у великој мери су прихватали захтеве који су том приликом постављени. Тако је положај ванбрачне деце у Предоснови

165 *Ibid.,* 13–14.

166 Ј. Пивнички, 30–31; Додатак споменици Трећег конгреса правника, 91–92.

167 Санкција је могла бити непосредна или посредна. Непосредна санкција би подразумевала могућност њеног принудног извршења, док би посредна санкција била развод брака због кршења одређене норме.

168 S. Lapajne, „Pravni položaj supruge", 176.

169 Л. Петковић, „Жена пред законом", 337–344.

170 Mira Kočonda – Vodvarka, „Žena pred Građanskim Zakonom u Hrvatskoj i Slavoniji", *Женски покрет*, књ. 1, 11–12/1921, 344–351.

171 Алозија Штеби, „Жена пред Грађанским Законом у Словеначкој", *Женски покрет*, књ. 1, 11–12/1921, 351–362.

побољшан[172] (у погледу неких правних подручја значајно, у погледу других умереније), што би значајно смањило економско оптерећење ванбрачних мајки. Право наслеђивања женске деце предвиђено је, и у њему су жене начелно изједначене са мушкарцима (изузетак би постојао у сељачком наследном праву и сличним посебним режимима). Исто је важило и за право наслеђивања надживелог брачног друга. Удата жена је по предлогу законика могла и да располаже својом имовином, мада је постојала извесна нејасноћа око права мужа да је заступа. Прописи о старатељству били су такође повољни по жене и у складу са предлозима женског покрета. Предлог да склоност алкохолу буде бракоразводни разлог није прихваћен, али би вероватно конзумација алкохола и проблематично понашање под његовим утицајем могли да се подведу под неки други бракоразводни разлог. Ипак, овакав предлог показује да су међуратне феминисткиње, поред теорије и заговарања једнакости, биле свесне практичних проблема из свакодневног живота жена, и исте покушавале да реше.

7. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Жене у првој Југославији нису биле равноправне са мушкарцима. Обим њихове обесправљености значајно се разликовао од једног до другог правног подручја. Постојање неравноправности у законима последица је како старих закона, донесених у времену кад равноправност жене није била друштвено пожељна, тако и патријархалног сељачког друштва у ком је жена још увек била подређена мужу. Ипак, почетком двадесетог века на жене се није гледало исто као пре тог времена. Њима је све више признавано право да се школују, баве сопственим занимањем и стичу сопствену имовину. Време у ком су мушкарци зарађивали, а жене се старале о кући и породици је пролазило, у новом добу жене су привређивале и стварале, и у таквој ситуацији су изговори за њихово потчињавање губили на снази.

У југословенској правној теорији владао је консензус да се положај жене мора поправљати. Стручна јавност дала је велики значај овој теми, о чему сведочи велики број чланака, предавања и научних скупова који су се бавили овим питањем. Поред овога, веома охрабрујући били су и ставови конзервативнијих правника. Иако је владао консензус да се прописи који се тичу положаја жене морају поправити, правници су имали различите предлоге за то до које мере би то побољшање требало да иде. У том контексту и кон-

172 Види: Симо Илић, „Правни положај ванбрачне деце у првој Југославији", *Весник правне историје*, 1/2020, 248–282.

зервативни део правника није се противио већини прописа предложених у Предоснови, њихово противљење односило се углавном на наслеђивање надживелог брачног друга и могућност да се удата жена запосли без одобрења мужа. Али и у тим случајевима они се нису залагали за потпуно обесправљивање жене, већ су предлагали мање повољне алтернативе – уместо наслеђивања у својину дела заоставштине плодоуживање на истој, док би право мужа да не пристане на запошљавање жене било ограничено на разлоге који се тичу породице (ово правило постојало је у великом делу европских правних система).

Југословенско друштво није делило консензус о реформи правног положаја жене. Премда је градско становништво било за реформу и изједначење жена са мушкарцима, сеоско становништво било је против. У сеоским срединама положај жене био је прилично лош, посебно по питању имовине и наслеђивања. Сељаци су се трудили да сву имовину оставе синовима, а да ћеркама дају што је мање могуће. Тако су и проблем уситњавања сеоског поседа покушали да реше лишавајући женску децу наследног права, иако је било познато да то није решење, јер је исти проблем постојао и у крајевима у којима женски потомци нису наслеђивали поред мушких. Овај проблем је опстао и после изједначења наследног права мушких и женских сродника, јер су сродници неформалним путем притискали женске наследнике да се одрекну наследства.

Сам предлог реформи садржан у Предоснови био је добар, и за време и прилике у којима је предложен веома напредан. Предоснова је израђена по новелираном АГЗ-у, коригованом према чехословачким пројектима. Пуна пословна способност, начелно изједначење жена у наследном праву и старатељству, наследно право надживелог брачног друга и право жене да самостално одлучи о свом запослењу омогућиле би женама значајну аутономију и независнији живот. По жене најнеповољније остале су одредбе о очинској власти и усвојењу. Ипак, и неповољне одредбе биле су критиковане, а уместо њих предлагана су боља решења. Треба напоменути и побољшања у односу на АГЗ, који је узет као основа пројекта законика. Уместо муцијанске претпоставке, да женина посебна имовина припада мужу, Предоснова уводи претпоставку да је ствар за коју се не зна коме тачно припада заједничка, чиме је са једне стране обезбеђена женина имовина, а са друге стране уведен режим заједничке тековине, премда у веома уском обиму. Режим одвојених имовина није задовољавао захтеве времена, и сами чланови комисије су признавали да он није добар и да би га требало

мењати,[173] али су због политике што мањег одступања од решења АГЗ-а ову реформу оставили за неку будућу измену.

Питање шеријатског права и реформе положаја жене у складу са њим било је доста компликованије, и без великих изгледа да буде успешно решено. Укидање шеријатског права није изгледало могуће, иако је заговарано и подржавано релевантним аргументима. Његова реформа, иако неопходна, вероватно не би била превише обимна. Како је шеријатско право засновано на верској доктрини, његово мењање било је веома тешко, а томе је допринео и конзервативни дух већег дела муслиманског становништва и муслиманске елите, који су се залагали за стриктну примену шеријатског права, па и његових најназаднијих норми. У таквој ситуацији могуће су биле веома ограничене реформе, па се није ни размишљало о неким значајнијим променама. Додатни проблем била је и природа подређености жене у шеријатском праву, она није била потчињена ограничењем пословне способности или наследног права (мада је женски део при наслеђивању био мањи од мушког), већ значајном мужевљевом влашћу која се најбоље огледала у његовом праву да јој ограничава кретање. У таквој ситуацији жени ништа није значила формална могућност да имовину стиче и располаже њом, кад би јој муж могао забранити излазак и посете и тако онемогућити сваку привредну активност. Реформе у шеријатском праву предлагане су само за брачно право, а жене су се могле надати ограничењу установе пуштања жене одређеним разлозима, док решења за остале проблеме у вези са њиховим положајем нису ни била предлагана.

У послератним временима првој Југославији замеран је лош положај жене.[174] У приватном праву, њен положај био је значајно подређен, али је постојао план реформи који је испред изложен. Ситуација је била лошија у јавном праву, ту су жене биле значајно обесправљене (без активног и пасивног бирачког права и без права на обављање значајног броја јавних функција). Није било великих изгледа да се у скорој будућности њихов положај по јавном праву значајно поправи.[175] У односу на стање које је постојало у првој Југославији, тврдња послератног режима да је поправљање положаја

173 Требало би нагласити да ни други режими брачне имовине нису без мана по жену. Тако би у системима заједничке имовине најчешће била ограничавана могућност жене да се самостално запосли. За запошљавање жени је био потребан пристанак мужа, а у неким правима муж је имао право и да откаже женин уговор о раду.

174 F. Čulinović, 318–319.

175 Као пример одбојности тадашњег друштва према напорима за равноправност жена у јавном праву може се навести и пејоративан израз „суфражетке", који је

жене њихова заслуга може се чинити тачном.[176] Ипак, требало би узети у обзир да је правни систем прве Југославије био млад, недовршен и краткотрајан. Већина прописа није унификована, већ су важили предратни прописи. Наду за бољи положај жена уливали су унификовани закони,[177] као и предлози нових закона, у којима је жена добијала доста равноправније место. Поред тога, друштво и законодавство прве Југославије били су слични другим европским друштвима у којима је постојала тенденција побољшања положаја жене. У тим друштвима је после Другог светског рата значајно поправљен положај жене и то без увођења социјализма, па је вероватно да би се исто десило и у Југославији чак и да режим није револуционарно промењен. Са друге стране, требало би критички посматрати и изједначење жена које се десило у социјалистичком периоду: иако формално изједначене са мушкарцима, жене су на кратки и дуги рок ипак остале у лошијем положају (нарочито у Русији).[178] Из данашње перспективе чини се да је еманципација жена у земљама тзв. буржоаског права, иако знатно спорија, довела до знатно бољих и одрживијих резултата од оних постигнутих у земљама социјалистичког права.

Норме Предоснове које су се тицале жена биле су кројене по потребама тадашњег, још увек патријархалног друштва. Ипак, њихова патријархалност је у великој мери ублажена у поређењу са ранијим законодавством.[179] Неке норме које су звучале веома патријархално (нпр. да је муж глава породице или да жена мора да живи у месту које муж одабере), у реалности нису биле спроводљиве, биле су мртво слово на папиру. Друге норме, којима је ограничавана сло-

коришћен као погрдан назив за жене које су се залагале за женско право гласа. M. Kočonda – Vodvarka, 350.

176 Треба напоменути и то да је то поправљање дошло само због карактера послератне власти која није зависила од воље народа, па је могла да изведе реформу по сопственој вољи, угодност коју није имала власт у предратној Југославији.

177 F. Čulinović, 318–319.

178 Овде могу да се изрекну две опаске. Прва је да је положај жене више поправила убрзана индустријализација него реформе права (мада се ни оне не смеју занемарити, али ни прецениti, јер је било пуно добрих закона који нису поштовани). Друга је то да је социјализам побољшао положај жене у погледу могућности запослења у индустрији, што јој је дало одређену материјалну независност, али јој са друге стране није олакшао кућне послове. Тако је жена наставила да ради све претходне кућне обавезе и уз то и да ради, а мушкарци нису преузели део кућних послова.

179 У овом погледу Предоснова је пратила тренд међуратних пројеката грађанских законика – у којима се положај жене знатно поправљао у односу на тренутно законодавство, али су ипак задржане и бројне застареле одредбе, нарочито у личном праву. А. Божић, 141.

бода жене (нпр. одредба о праву мужа да управља жениним имовином) нису биле безусловне, већ им се жена могла успротивити: дакле, полазиле су од претпоставке патријархалних односа, али су ипак пружале и какво-такво средство њихове промене. Ограничења која су предвиђена за жену на одређеним местима, попут права мужа да управља животом породице, правдана су као потребна зарад сврхе брака и потребе да (барем у случају одсуства консензуса, што се мора признати као честа ситуација у пракси), породица има једну главу која њоме управља: међутим, проблем Предоснове је био у томе што се ту приклонила патријархалном моделу и као ту главу предвидела искључиво мужа. Регулатива Предоснове одговарала је стварности међуратне Југославије: у таквом друштву напреднија регулатива не би била функционална, а вероватно не би била ни поштована. Квалитет Предоснове је ипак у томе што су њена правила, која су одговарала умерено патријархалном друштву, била подесна и за друштво у коме су мушкарци и жене постајали равноправни. Иако није укинула неповољан положај жене у друштву (што и није било у њеној моћи), она није поставила ни препреке побољшањима која су спонтано долазила. Овај њен квалитет, и потенцијал да омогући побољшање положаја жене, нажалост нису реализовани у пракси, због нестабилне политичке ситуације која је одлагала доношење заједничког законика, као и због промене режима после Другог светског рата, будући да ју је нови режим одбацио.

БИБЛИОГРАФИЈА

ИЗВОРИ:

Додатак споменици Трећег конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца у Сарајеву, Priređivački odbor Trećeg kongresa pravnika, Sarajevo 1928.

Законик Данила Првог, *https://www.rastko.rs/rastko-cg/povijest/knjaz_danilo-zakonik_c.html,* приступљено 23. јула 2020.

Законик трговачки за Књажевство Србију, *http://digital.bms.rs/ebiblioteka/publications/view/3310,* приступљено 15. маја 2020.

Закон о старатељству, *Грађански законик Краљевине Србије са кратким објашњењима од др Лазара Марковића*, Геца Кон, Београд 1921.

Закон о уређењу шеријатских судова и о шеријатским судијама, Геца Кон, Београд 1929.

Зборник грађанских законика старе Југославије, Графички завод – Титоград, Титоград 1960.

Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију, Државна штампарија Краљевине Југославије, Београд 1934.

Споменица Првог конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Удружење правника, Београд 1926.

Трговачки закон за Краљевину Југославију, Геца Кон, Београд 1937.

Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије, Нова књига, Београд 1988.

ЛИТЕРАТУРА:

Бертолд Ајзнер, „О опћем грађанском праву у Босни и Херцеговини", прештампано из *Архива за правне и друштвене науке*, Београд 1920.

Бертолд Ајзнер, „Питање изједначења женидбеног и наследног права", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 8, 5–6/1924, 431–442.

Bertold Eisner, „Privatno – pravni položaj žene po današnjem pravu Jugoslavije i njegovo uređenje u jedinstvenom Građanskom zakoniku za Jugoslaviju", *Споменица Мауровићу*, прва књига, Глобус, Београд 1934, 325–419.

Bertold Eisner, „Šerijatsko pravo i naš jedinstveni građanski zakonik", *Правосуђе*, посебан отисак из броја 6 за јул 1936.

Bertold Eisner, Mladen Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Pravničko društvo, Zagreb 1937.

Драгољуб Аранђеловић, *Неколико речи о миразу, спреми и удомљењу по нашем Грађанском законику; О одговорности државе и чиновника према трећим лицима за штету, коју чиновник учини у вршењу званичне дужности,* Геца Кон, Београд 1912.

Драгољуб Аранђеловић, „О изједначењу мушких и женских сродника у законском наслеђивању", *Збирка расправа*, Геца Кон, Београд 1926, 105–118.

Драгољуб Аранђеловић, „Реформа пословне способности удате жене по француском и нашем грађанском законику", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 45, 2/1934, 89–98.

Неда Божиновић, *Женско питање у Србији у XIX и XX веку,* Деведесетчетврта / Жене у црном, Београд 1996.

Ана Божић, *Положај жене у приватном праву*, Млада Србија, Београд 1939.

Hazif A. Bušatlić, „Bračni položaj supruge u bračnom, imovinskom i nasljednom pravu", *Споменица за 3. главну скупштину Конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца,* Стални одбор конгреса, Загреб 1927, 194–198.

Hazif Abdulah Bušatlić, *Porodično i nasledno pravo muslimana*, Sarajevo 1926.

Абдулах Бушатлић, „Човијек и жена", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 11, 4/1925, 303–308.

Вукашин Вукашиновић, „Имовинско-правни статус женске у Црној Гори", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 46, 1–2/1934, 7–14.

Александра Вулетић, „Власт мушкараца, покорност жена – између идеологије и праксе", Ана Столић, Ненад Макуљевић (ур.), *Приватни живот код Срба у деветнаестом веку: од краја осамнаестог века до почетка Првог светског рата*, Clio, Београд 2006, 112–132.

Александра Вулетић, „Брачна политика у Кнежевини Србији. Између традиционализма и модернизма", *Историјски часопис*, књ. 47, 2008, 283–298.

Марија Драшкић, Олга Поповић-Обрадовић, „Правни положај жене према српском Грађанском законику (1844–1946)", Латинка Перовић (ур.), *Србија у модернизацијским процесима 19. и 20. века 2*, Институт за новију историју Србије, Београд 1998, 11–25.

Симо Илић, „Правни положај ванбрачне деце у првој Југославији", *Весник правне историје*, 1/2020, 248–282.

Момчило Исић, „Дете и жена на селу у Србији између два светска рата", "*Жене и деца – 4. Србија у модернизацијским процесима XIX и XX века*, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд 2006, 131–159.

Михајло Јовановић, „Положај жене у брачном, имовинском и наследном праву", *Споменица за 3. главну скупштину Конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца,* Стални одбор конгреса, Загреб 1927, 153–175.

Слободан Јовановић, *Политичке и правне расправе*, БИГЗ, Београд 1990.

Фикрет Карчић, *Шеријатски судови у Југославији 1918–1941*, Факултет исламских наука у Сарајеву, Сарајево 2005.

Mira Kočonda – Vodvarka, „Žena pred Građanskim Zakonom u Hrvatskoj i Slavoniji", *Женски покрет*, књ. 1, 11–12/1921, 344–351.

Гордана Кривокапић-Јовић, „"Друштво за просвећивање жене и заштиту њених права" – Радикали и женско право гласа после Првог светског рата", Латинка Перовић (ур.), *Србија у модернизацијским процесима 19. и 20. века – 2. положај жене као мерило модернизације*, Институт за новију историју Србије, Београд 1998, 299–308.

Stanko Lapajne, „Треба ли уједначити мушко и женско потомство у праву наслеђа – referat", *Споменица Првог конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Удружење правника, Београд 1926, 116–121.

Stanko Lapajne, „Pravni položaj supruge u bračnome, imovinskome i nasljednome pravu", *Споменица за 3. главну скупштину Конгреса правника Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца,* Стални одбор конгреса, Загреб 1927, 176.

Gerda Lerner, *The Creation of Patriarchy,* Oxford University Press, New York – Oxford 1986.

Радомир Лукић, „Наше ново право и сељачко друштво", *Глас Срӣске академије наука и умеӣносӣи*, Одељење друштвених наука, 15/1971, 146–159.

Aneta Mainkas, „Треба ли уједначити мушко и женско потомство у праву наслеђа – koreferat", *Сӣоменица Првоī конīреса ӣравника Краљевине Срба, Хрваӣа и Словенаца*, Удружење правника, Београд 1926, 126–129.

Čedomir Marković, „Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju", *Spomenica Dolencu, Kreku, Kušeju i Škerlju,* Jugoslovenska tiskara, Ljubljana 1936, 298–441.

Ivan Maurović, *Izvještaj o Predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, St. Kugli, Zagreb 1934.

Јован Мијушковић, „Истраживање ванбрачног очинства по црногорском законодавству", *Бранич*, 1–9/1929, 6–12.

Јасмина Милановић, „Одбор госпођа „Књегиња Љубица" 1899–1942", *Исӣорија 20. века*, 1/2015, 23–33.

Јасмина В. Милановић, *Женско друшӣво (1875–1942)*, Институт за савремену историју / Службени гласник, Београд 2020.

Иво Милић, „Треба ли уједначити мушко и женско потомство у праву наслеђа – кореферат", *Сӣоменица Првоī конīреса ӣравника Краљевине Срба, Хрваӣа и Словенаца*, Удружење правника, Београд 1926, 121–126.

Иво Милић, „Положај жене у брачном, брачно–имовинском и наследном праву", *Сӣоменица за 3. īлавну скуӣшӣину Конīреса ӣравника Краљевине Срба, Хрваӣа и Словенаца,* Стални одбор конгреса, Загреб 1927, 186–193.

Драгомир Милојевић, „Наследно право по пројектном Грађанском Законику", *Архив за ӣравне и друшӣвене науке*, књ. X, 5–6/1925, 411–417.

Зоран Мирковић, „Кодификовање грађанског законика нове државе и његово место у историји европских кодификација", Борис Беговић, Зоран Мирковић (ур.), *Сӣо īодина од уједињења – формирање државе и ӣрава,* Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 267–300.

Мирјана Обрадовић, „Удружење универзитетски образованих жена у Југославији 1927–1941. године", Латинка Перовић (ур.), *Србија у модернизацијским ӣроцесима 19. и 20. века – 2. ӣоложај жене као мерило модернизације*, Институт за новију историју Србије, Београд 1998, 252–262.

Живојин Перић, „Један нов рад на кодификацији права", *Архив за ӣравне и друшӣвене науке*, књ. 10, 6/1911, 409–443.

Живојин Перић, „Човек и жена: један покушај из области женског питања", *Архив за ӣравне и друшӣвене науке*, књ. 4, 5–6/1922, 321–348.

Живојин Перић, „Нацрт законских прописа о Законском (Интестатском) Наслеђивању у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (израђен у

Стал. Законодавном Савету при Министарству Правде) са претходном примедбом и објашњењима", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. 14, 5/1927, 415–431.

Живојин Перић, „Жена у Српском грађанском законику", *Архив за правне и друштвене науке*, књ. XVI (XXXIII), 1/1928, 6–31.

Живојин Перић, *Лично брачно право по српском Грађанском законику*, Геца Кон, Београд 1934.

Живојин Перић, *Образложење §§ 1–319 Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију*, Министарство правде, Београд 1939.

Латинка Перовић (ур.), *Србија у модернизацијским процесима 19. и 20. века – 2. положај жене као мерило модернизације*, Институт за новију историју Србије, Београд 1998.

Лепосава Петковић, „Жена пред законом у Србији", *Женски покрет*, књ. 1, 11–12/1921, 337–344.

Јован Пивнички, *Неколико напомена поводом Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију*, 1936.

Бранка Прпа-Јовановић, „Процеси модернизације и положај жене у Србији током XIX и прве половине XX вијека", *Србија у модернизацијским процесима XX века,* Институт за новију историју Србије, Београд 1994, 361–365.

Vesna Radovčić, „Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji: Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju", *Radovi 7*, Sveučilište u Zagrebu / Institut za hrvatsku povijest, Zagreb 1975, 249–307.

Милан Ристовић (ур.), *Приватни живот код Срба у двадесетом веку*, Clio, Београд 2007.

Војислав Станимировић, *Брак и брачна давања*, Правни факултет Универзитета у Београду / Службени гласник, Београд 2006.

Војислав Станимировић, „Снага обичаја – породица у српском Грађанском законику између старог и новог", Милена Полојац, Зоран Мирковић, Марко Ђурђевић (ур.), *Српски грађански законик – 170 година,* Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 145–165.

Ана Столић, Ненад Макуљевић (ур.), *Приватни живот код Срба у деветнаестом веку: од краја осамнаестог века до почетка Првог светског рата*, Clio, Београд 2006.

Ана Столић, *Сестре Српкиње: појава покрета за еманципацију жена и феминизма у Краљевини Србији*, Evoluta, Београд 2015.

Ана Столић, „Грађанке и сељанке: ставови представница покрета за еманципацију жена о женама на селу почетком 20. века", Недељко В. Радосављевић, Снежана Томић (ур.), *Село Балкана: континуитети и промене кроз историју,* Историјски институт Београд / Музеј на отвореном „Старо село" Сирогојно, Београд 2017, 179–190.

Ана Столић, „Између национализма и интернационализма: Српкиње на конгресима организација Међународног женског покрета до Првог светског рата”, *Историјски часопис*, 67/2018, 311–340.

Урош Станковић, „Хиљаду осамсто четрдесет шеста – наследноправни положај женске деце по трећи пут на дневном реду”, М. Полојац, З. Мирковић, М. Ђурђевић (ур.), *Српски грађански законик – 170 година*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 407–416.

Дубравка Стојановић, „Жене „у смислу разумевања нашег народа“: случај жена стручњака у Србији 1902–1913”, Латинка Перовић (ур.), *Србија у модернизацијским процесима 19. и 20. века – 2. положај жене као мерило модернизације*, Институт за новију историју Србије, Београд 1998, 239–251.

Estelle Freedman, *No Turning Back; The History of Feminism and the Future of Women,* A Ballantine Book, New York 2002.

Ferdo Čulinović, *Državnopravna historija jugoslovenskih zemalja XIX i XX vijeka*, Školska knjiga, Zagreb 1959.

Сава Шапчанин, *Неколике примедбе на предоснову Грађанског законика за Краљевину Југославију*, Напредак, Београд 1937.

Алозија Штеби, „Жена пред Грађанским Законом у Словеначкој”, *Женски покрет*, књ. 1, 11–12/1921, 351–362.

Simo M. ILIĆ*

LEGAL POSITION OF WOMEN IN THE DRAFT CIVIL CODE FOR THE KINGDOM OF YUGOSLAVIA

Summary

The paper examines the legal position of women in the Kingdom of Yugoslavia, with emphasis on the reforms proposed in the Draft Civil Code for the Kingdom of Yugoslavia. The legal system of Yugoslavia was not unified and therefore the position of women differed from one legal territory to another. The paper briefly reviews legislation in the six Yugoslav legal territories with emphasis on unfavourable norms which required reforms. The Draft is analysed in detail. It enacted complete legal capacity for married women, equal inheritance rights for male and female children and improved inheritance position of widowed spouses. Adoption of a modified separate property system and diminished parental rights of mothers are considered as drawbacks of the Draft. Special rules for inheritance in rural areas and Sharia law (mandatory for the Muslim minority) are analysed as exceptions from the Draft Civil Code. Legal theory opinions on the legal position of women that were presented during the public debate on the future Civil Code are also reviewed. The conclusion analyses the appropriateness of the Draft in the context of social and political circumstances in the Kingdom of Yugoslavia.

Key words: *Legal capacity. – Inheritance law. – Matrimonial regime. – Child custody.*

Рад приспео / Paper received: 8.12.2020.
Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 30.12.2020.

* A student of master's studies at the University of Belgrade Faculty of Law, email: simoilic@hotmail.com

UDC 342.4(497.11)"1835"

CERIF: S148, H240, H300

DOI: 10.51204/HLH_20209A

Sima AVRAMOVIĆ

THE CONSTITUTION OF SRETENJE (CANDLEMASS) – 175 YEARS LATER*

translation and introduction:
Sara SIMIĆ** and Sava VOJNOVIĆ***

INTRODUCTION

Professor Sima Avramović, born on the 19th of July, 1950 in Belgrade, is one of the foremost Serbian authorities on comparative law, legal history, and law and religion. He enrolled in the University of Belgrade Faculty of Law in 1969, from which he graduated in 1973. At the same institution Prof. Avramović acquired all of his further academic degrees – the LLM in legal history with a thesis on early Greek law and the Gortyn code in 1977 and PhD in legal history with a thesis entitled „The Evolution of The Freedom of Testation in Ancient Greek Law" in 1981. Prof. Avramović became a tenured professor in 1993. Additionally, he served as Dean of the University of Belgrade Faculty of Law (2012–2018). Prof. Avramović is retiring this year. Prof. Avramović is fluent in English, German, Greek, French and Italian, as well as ancient Greek and Latin language. During his academic career at the University of Belgrade Faculty of Law, Prof. Avramović taught Comparative Legal Traditions, Roman Law, Rhetoric, and Latin.

* Originally published as Sima Avramović, „Sretenjski ustav – 175 godina posle", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2010, 36–65.

** Second-year student at the University of Belgrade Faculty of Law; simicsara17@gmail.com

*** Master student at the University of Belgrade Faculty of Law; sava.vojnovich@gmail.com

In addition, Prof. Avramović has lectured at prestigious world universities such as the University of Oxford, the University College London, the Leopold Wenger-Institut Juristiche Fakultät München, the University of St. Petersburg, the Andrews Johns Hopkins University, the University of Vienna, the University of Tokyo, etc. He also participated in many international congresses and gatherings. As a Fulbright Scholar, Prof. Avramović studied at the University of Maryland, United States in 1984, and as part of the Onassis Public Benefit Foundation – he stayed in Athens on a one-month research program in 2006. He has published many books and nearly two hundred articles, among which „Isaeus's Speeches and Athenian Law" (Belgrade 1988), „Rhetorike Techne – Oratory Skills and Public Speaking" (Belgrade 2008), „Ars Rhetorica – Oratory Skills" (2002) and „Comparative Legal Traditions" (Belgrade 2006).

Prof. Avramović is founder and organizer of the annual Oratory Competition of the University of Belgrade Faculty of Law, president and founding member of the Alan Watson Foundation, and president of the *Forvm Romanvm* – the long-lasting Club of Friends and Devotees of Roman Law and Antiquity. Throughout his work, he became a member of the Committee for Serbian Sources of Law at the Serbian Academy of Science and Arts (SANU).

Also, Prof. Avramović is a member of the European Academy of Sciences and Arts (Salzburg), External Expert of the Hellenic Quality Assurance and Accreditation Agency (HQA) etc. He was the editor-in-chief of the journal „Annals of the University of Belgrade Faculty of Law – Belgrade Law Review" (2006–2013), and is now a member of the editorial board of the „Matica Srpska Proceedings of Classical Studies"; additionally, he is a member of the editorial board of the journal „Akropolis: Journal of Hellenic Studies, Podgorica", „Comparative Legal History Magazine, Oxford". Among his many duties, he was also the President of the Fulbright Scholars Alumni Association of Serbia (2009–2013), President of the University of Belgrade Council (2009–2013), member of the Conference of the Universities of Serbia – CONUS (2005–2015), member of the South East European Law Schools – SEELS Management Board (2012–2018, President in 2015), President of the Management Board of the National Entity for Accreditation and Quality Assurance of Serbia (NEAQA) (since 2018).

He gave the lecture that was the basis for this article on the 184th anniversary of the founding of Matica Srpska and the 175th anniversary of the adoption of the Sretenje Constitution. The formal sitting was held on the 16th of February, 2010 in Novi Sad. The importance of this article, both for domestic and audience abroad, lies in the fact that Serbia, although not a great power today, had its first constitution as early as 1835. Prof. Avramović wanted to point out various dilemmas and stereotypes that accompany the Candlemass Constitution, but also the ones connected to Dimitrije Davidović, who was the creator of this constitution.

Др Сима АВРАМОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

СРЕТЕЊСКИ УСТАВ – 175 ГОДИНА ПОСЛЕ*

У раду се указује на неке дилеме и стереотипе везане за Сретењски устав из 1835. године, који су се дубоко усадили у српској литератури и свести. Аутор сматра да их је потребно преиспитати и нуди један број аргумената као основ и подстрек за даља истраживања. Он износи неке елементе у корист схватања да сретењски акт треба третирати као први српски устав, да Сретењски устав није наметнут кнезу Милошу Милетином буном, већ да га је он искрено желео и знатно раније започео његово припремање, као и да је желео да Устав спасе, а не да је једва дочекао негативну реакцију великих сила, због чега је морао да га суспендује после само шест недеља. Потом процењује да се Милош при одлуци о доношењу Устава није руководио искључиво личним мотивима, већ да га је сматрао важним инструментом за установљавање српске државне самосталности. Надаље, преиспитује стереотип о Димитрију Давидовићу као одлучујућем творцу Сретењског устава, као и о француском утицају на његово доношење. Коначно, критикује мишљење о безначајности права за формирање националне свести код Срба и указује на велики законодавни замах тридесетих година XIX века ношен управо том свешћу, који је поред Сретењског устава изнедрио и Српски грађански законик 1844. године. На основу свега закључује да пред младим истраживачима још увек постоје широки неистражени простори, поготово у погледу утицаја страних правних система на доношење Сретењског устава.

Кључне речи: *Уставност у Србији. – Утицај европске уставности XIX века. – Кнез Милош. – Димитрије Давидовић. – Правни трансплантати.*

* Предложак за овај рад представља беседа коју је аутор био позван да саопшти на Свечаној седници Матице српске поводом 184-годишњице оснивања Матице и 175-годишњице доношења Сретењског устава. Свечана седница је одржана 16. фебруара 2010. године у Новом Саду. Вид. С. Аврамовић, „Беседа о Сретењском уставу", *Летопис Матице српске,* год. 186, књ. 485, 4/2010, 651–660.

Dr Sima AVRAMOVIĆ
Full Professor of the University of Belgrade Faculty of Law

THE CONSTITUTION OF SRETENJE (CANDLEMASS) – 175 YEARS LATER*

The author points to some dilemmas and stereotypes regarding the Serbian Constitution of Sretenje, adopted in 1835, which have been rooted deeply in Serbian literature and consciousness. He calls for their re-evaluation and offers new arguments as a starting point to encourage further research. The author is of the opinion that the Constitution of Sretenje should be treated as the first Serbian constitution, that it was not imposed on the Serbian Prince Miloš in the aftermath of the so-called Mileta's revolt, but that he sincerely wanted to provide a constitution for the country and had ordered its drafting long before; he also wanted to preserve the Constitution, and he most certainly did not revel in the negative reactions of the Great Powers, because of which he had to suspend the Constitution unwillingly only six weeks after its adoption. The author tries to prove that Prince Miloš was in favor of adopting the Constitution not only for his personal benefit, but rather perceived it as an important instrument for creating national identity and independence. Furthermore, the author reexamines the stereotype of Dimitije Davidović as the main creator of the Sretenje Constitution, as well as the clichés related to the French influences on its adoption. Finally, he disagrees with the prejudice that law was an irrelevant factor in the process of the creation of national consciousness among Serbs, and points out the strong legislative efforts of the mid 30s of the XIX century, which were led exactly by this consciousness, and have brought about not only the first Serbian Constitution, but also the emergence of the Serbian Civil Code in 1844. Based on the aforementioned facts, the author concludes that there is still a wide area of unexplored questions for the upcoming young researchers, especially concerning the impact of the foreign legal systems on the creation of the Constitution.

Key words: *Constitutionality in Serbia. – Influence of the XIX century European constitutions. – Prince Miloš. – Dimitrije Davidović. – Legal transplants.*

* This paper was built upon a speech that the author was invited to give at the function organized by Matica srpska celebrating its 184th anniversary, as well as the 175th anniversary of the Sretenje constitution. The function was held on the 16th of February 2010, in Novi Sad. See S. Avramović, „Beseda o Sretenjskom ustavu", *Letopis Matice srpske,* god. 186, knj. 485, 4/2010, 651–660.

1. УВОД

Мада је прошло 175 година од доношења акта који се традиционално назива првим српским уставом, још увек не постоји потпуна доктринарна сагласност у погледу његовог карактера. Иако ово питање више залази у домен теорије права и одређује га стара дилема о „уставности првог устава", остало је доста тема које непосредно чине област правне историје, а које још увек нису добиле коначне одговоре, док се о некима од њих усталио низ стереотипа. Због тога се чини да је потребно, поготово поводом једне овако значајне годишњице на којој би позавидели многи народи у окружењу, сачинити пресек истраживања, а поготово резиме неких неразрешених дилема. Иако би се на први поглед могло учинити да је после Бартоломеа Куниберта, Нила Попова, Димитрија Матића, Милана Ђ. Милићевића, Милована Миловановића, Михајла Гавриловића, Слободана Јовановића, Јаше Продановића[1] или генерације талентованих писаца из друге половине XX века, после квалитетног Зборника радова посвећеног 150-годишњици Сретењског устава[2] и многих других вредних прилога посвећених овом правном тексту речено скоро све што се о њему могло рећи, изгледа да ипак није тако. Поготово уколико се, што је жељени циљ овога рада, ставе под лупу нека преовлађујућа мишљења и уколико се сугеришу нешто другачији одговори од оних који су до сада доминирали у нашој науци. Наравно, с намером да се овде тек наговесте извесни аргументи и укаже на могуће правце даљих истраживања Сретењског устава, која као да су замрла у последње две деценије.[3]

1 Б. Куниберт, *Срйски усшанак и йрва владавина Милоша Обреновића*, I-II, Београд (1901) 1988; Д. Матић, *Јавно йраво Књажевсшва Србије,* Београд 1851; Н. Попов, *Србија и Русија,* I-II, Београд 1870; М. Ђ. Милићевић, *Кнез Милош йрича о себи*, Споменик СКА XXI, Београд 1893, 3–33; М. Миловановић, „Уставност Србијина", *Срйски књижевни їласник*, књ. 18, св. 11, Београд 1907; М. Гавриловић, *Милош Обреновић,* III, Београд 1912; исти, „Суспендовање првога српског устава, фебруар-март 1835. године", *Из нове срйске исшорије*, Београд 1926, 190–209; С. Јовановић, *Друїа влада Милоша и Михаила*, Београд 1933; исти, „Кнез Милош", *Из наше исшорије и књижевносши*, Београд 1931; исти, „Наше уставно питање и XIX веку", *Полишичке и йравне расйраве I*, Београд 1932; Ј. Продановић, *Усшавни развишак и усшавне борбе у Србији*, Београд 1936; исти, *Исшорија йолишичких сшранака*, Београд 1947.

2 *150 їодина од доношења Срешењскої усшава*, Крагујевац 1985 (даље: *150 їодина*).

3 Једини значајнији издавачки подухват у последње време је репрезентативно фототипско издање Архива Србије *Усшав Књажевсшва Србије*, Београд 2004, са два корисна пропратна текста: Р. Љушић, „Србија 1835. године, Последња година Српске револуције", 67–71 и Д. Поповић, „Сретењски устав – оруђе владавине и весник слободе", 73–78.

1. INTRODUCTION

Although 175 years have passed since the enactment of what has traditionally been referred to as the first Serbian Constitution, a complete doctrinal agreement regarding its character is still to be achieved. Even though this question is part of the legal theory domain and is determined by the old „constitutionalism of the first constitution" dilemma, there remain multiple themes which belong to the field of legal history, that have not yet been fully answered, while some of them have been settled down through stereotypes. Due to this fact, it seems necessary, especially on the occasion of such a significant anniversary as this, of which many other nations would be envious, to make a summary research, and especially a resume of some of the unsolved dilemmas. At first glance, it may appear that after Bartolommeo Kunibert, Nil Popov, Dimitrije Matić, Milan Đ. Milićević, Milan Milovanović, Mihajlo Gavrilović, Slobodan Jovanović, Jaša Prodanović[1] or a whole generation of talented writers of the second half of the XX century, after the high-quality Proceedings dedicated to the 150th anniversary of the Constitution of Sretenje[2] and many other contributions dedicated to this legal document – almost everything regarding the Constitution had already been fully discussed and analyzed; however, it does not seem to be the case. Especially if we zoom in on some of the prevailing opinions, which is the goal of this paper, and if some different answers are proposed from the ones that have dominated our science up until now. Of course, with the intention only of indicating some of the arguments and pointing out the possible direction for further research on the Constitution of Sretenje, which seems to have died down in the last two decades.[3]

1 B. Kunibert, *Srpski ustanak i prva vladavina Miloša Obrenović*, I–II, Beograd (1901) 1988; D. Matić, *Javno pravo Knjaževine Srbije*, Beograd 1851; H. Popov, *Srbija i Rusija*, I–II, Beograd 1870; M. Đ. Milićević, *Knez Miloš priča o sebi*, Monument SKA XXI, Beograd 1893, 3–33; M. Milovanović, „Ustavnost Srbijina", *Srpski književni glasnik*, vol. 18, vol. 11, Beograd 1907; M. Gavrilović, *Miloš Obrenović*, III, Beograd 1912; the same, „Suspendovanje prvog srpskog ustava, februar-mart 1835", *Iz nove srpske istorije*, Beograd 1926, 190–209; S. Jovanović, *Druga vladavina Miloša i Mihaila*, Beograd 1933; the same, „Knez Miloš", *Iz nove srpske istorije*, Beograd 1931; the same, „Naše ustavno pitanje u XIX veku", *Političke i pravne rasprave* I, Beograd 1932; J. Prodanović, „Ustavni razvitak i ustavne borbe u Srbiji", Beograd 1936; the same, *Istorija političkih stranaka*, Beograd 1947.

2 *150 godina od donošenja Sretenjskog ustava*, Kragujevac (hereafter: 150 godina).

3 The only significant publishing endeavor in recent times is the representative phototype edition of the Archives of Serbia, *Ustav Knjaževine Srbije*, Beograd 2004, with two useful accompanying texts: R. Ljušić, „Srbija 1835. godine, poslednja godina srpske revolucije", 67–71 and D. Popović, „Sretenjski ustav – oruđe vladavine i vesnik slobode", 73–78.

Наравно, на првом месту стоји дилема да ли је Сретењски устав заиста први прави српски устав. Одговори се крећу од оних који под првим српским уставима подразумевају већ Уставне акте из 1808. и 1811. године (од Ст. Новаковића до Р. Љушића), преко оних који истичу формалноправне и материјалноправне недостатке (у погледу пуне суверености уставотворне власти), због којих се сретењски документ у строгом теоријскоправном смислу не би могао квалификовати као устав (Р. Марковић), до оних који сматрају да је први документ који заслужује епитет првог српског устава тзв. Преображенски устав, тј. три „уставна закона" кнеза Михаила из 1861. године (М. Павловић).[4]

Остављајући по страни расправу о легитимитету и легалитету прве уставотворне власти, што је у основи теоријскоправна тема, коју је тако надахнуто разрадио Келзен кроз идеју пранорме (основне норме),[5] овде ћемо само набројати неколико момената који би се могли имати у виду када се расправља ово претходно питање из правноисторијског угла. Уз све аргументе који се с правом могу наводити у корист тезе да сретењски акт ипак није устав, јер Србија у време његовог доношења још увек није била суверена и независна држава, на другој страни би се у најкраћем могло навести тек нешто назнака које сугеришу другачији закључак.

Он је и по својој форми, а и по садржини, несумњиво имао све особине које су одликовале немногобројне уставе у првој половини XIX века, уколико су уопште постојали у појединим држава. Историјски приступ подразумева да се, приликом класификовања неког феномена на њега не примењују стриктно критеријуми каснијих

4 С. Новаковић, *Уставно питање и закони Карађорђевог времена, студија о постању и развићу врховне и средишње власти у Србији 1805–1811*, Београд 1907; Р. Љушић, *150 година*, 211; Р. Марковић, „Примена начела уставности и законитости у Сретењском уставу", *150 година*, 109; исти, „Сретењски устав, поводом сто педесет година од његовог доношења", *Анали Правног факултета у Београду* 2/1985, 149–160; М. Павловић, *Преображенски устав, први српски устав*, Крагујевац 1997; исти, *Српска правна историја*, Крагујевац 2005, 269.

5 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, (прев. Р. Лукић, М. Симић), Београд 1951, 121 и даље. Између осталог, Келзен изводи: „На крају ћемо доћи на неки устав који је, историјски узевши, први устав и који је донео неки узурпатор или нека врста скупштине", а мало даље: „Основну норму не ствара правно регулисаним поступком орган који ствара право. Она не важи – као позитивна правна норма – зато што је створена на одређени начин правним актом...". У нашој литератури вид. више Р. Лукић, „Келзенов нормативизам", *Анали Правног факултета у Београду* 1–4/1983, 496–502; С. Врачар, „Темељ Келзеновог нормативизма", поговор књизи Х. Келзен, *Главни проблеми теорије државног права, развијени из учења о правном пропису*, Београд – Подгорица 2001, 563–585. Од најновијих радова о Келзену код нас вид. С. Бован, „Келзенов парадокс", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2009, 135–154.

Of course, firstly there is the dilemma of whether the Constitution of Sretenje really is the first Serbian Constitution. Answers range from those according to which the first Serbian constitutions include the Constitutional Acts of 1808 and 1811 (from St. Novaković to R. Ljušić), to those that emphasize formal and material legal flaws (in the sense of full sovereignty of the constitution-making government), because of which the Sretenje document, viewed strictly from a legal theory perspective, could not be qualified as a constitution (R. Marković), to those that believe that the first document that deserves the epitome of the first Serbian Constitution is the so-called Preobraženski Constitution, i.e. the three „constitutional laws" of Prince Mihailo from 1861 (M. Pavlović).[4]

Putting aside the discussion on the legitimacy and legality of the first constitution-making government, which is, in essence, a legal theory issue that has been so inspiredly elaborated by Kelzen through the idea of the *Grundnorm* (the Basic Norm),[5] here we are only going to enumerate some moments that can be considered helpful when discussing the aforementioned question from the perspective of legal history. With all the arguments that can rightfully be used on behalf of the thesis that the Sretenjski Act is not a constitution, since Serbia was not a sovereign, independent country at the time of its enactment, on the other side there remain only some indications that suggest a different conclusion.

The Act undoubtedly possessed all characteristics, both in form and in content, that were typical for the few constitutions in the first half of the XIX century, if they existed at all in some countries. The historical approach to classifying a phenomenon implies that the criteria of a later time should not be strictly applied to it (nor should we strive to forcefully

4 S. Novaković, *Ustavno pitanje i zakoni Karađorđevog vremena, studija o postanju i razviću vrhovne i središnje vlasti u Srbiji 1805–1811*, Beograd 1907; R. Ljušić, 150, 211; R. Marković, „Primena načela zakonitosti i ustavnosti u Sretenjskom ustavu", *150 godina*, 109; the same, „Sretenjski ustav, povodom sto pedeset godina od njegovog donošenja", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/1985, 149–160; M. Pavlović, *Preobraženski ustav, prvi srpski ustav*, Kragujevac 1997; the same, *Srpska pravna istorija*, Kragujevac 2005, 269.

5 H. Kelzen, *Opšta teorija prava i države*, (trans. R Lukić, M. Simić), Beograd 1951, 121 and more. Among other things, Kelzen states: „In the end, we will come to a constitution which, historically, is the first constitution and which was adopted by an usurper or some kind of assembly", and a little further: „The basic norm is not created in a legal procedure by a law-creating organ. It is not – as a positive legal norm is – valid because it is created in a certain way by an legal act..." In our literature, see for more, R. Lukić, „Kelzenov normativizam", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–4 / 1983, 496–502; S. Vračar, „Temelj Kelzenovog normativizma", a postface to H. Kelzen, *Glavni problemi teorije državnog prava, razvijeni iz učenja o pravnom propisu*, Beograd-Podgorica 2001, 563–585. From the latest works on Kelzen in our country: see S. Bovan, „Kelzenov paradoks", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2009, 135–154.

времена (али, ни да се у давним појавама, на прилично натегнут начин, препознају каснији правни концепти, што је друга крајност[6]). С обзиром на то, правни историчар може имати нешто флексибилнији приступ од теоретичара права, а ригидна примена чистих савремених критеријума би водила и нужном преименовању многих историјских правних докумената. Тако се ни *Magna Carta Libertatum* не би онда могла без резерве називати првим уставним актом у свету (код неких аутора, чак уставом), јер она то несумњиво није у теоријском смислу, чак и ако се имају у виду специфичности енглеског правног система. А Сретењски устав би се, додуше само фигуративно, могао назвати српском *Великом повељом слобода*, како с обзиром на сличности у погледу њихове основне садржине (три су основне теме заједничке за оба акта: установљење органа власти, гарантовање права и слобода личности, уређење пореза), тако и с обзиром на начин на који су донети – у садејству два једина меродавна и легитимна политичка фактора (неприкосновеног владара и великаша, под отвореним небом у присуству народа),[7] па и с обзиром на главни узрок доношења – незадовољство великаша.[8] Чак и да га је донео само кнез (јер, много је дискусија изазвало питање да ли је Сретењски био октроисан), то не би битно мењало његов карактер, с обзиром на то да су такви били неки уставни акти и у другим државама (државицама) тог доба, попут онога из Виртемберга.[9] Често се Сретењском уставу оспорава

6 Ова је појава, на пример, веома уочљива нарочито приликом настојања да се појам људских права и многих других носећих савремених политичких начела проналазе у античкој Грчкој, вид. више С. Аврамовић, „Елементи правне државе и индивидуална права у Атини", *Правна држава у антици – pro et contra* (уред. С. Аврамовић), Београд 1998, 7–41.

7 Чак је и мизансцен у коме су ова два акта усвојена веома сличан: Јован без Земље је свој чувени акт донео у присуству барона на пољани Ранимид (*Runnymede*), на јужној обали Темзе, недалеко од замка у Виндзору, а Милош у Крагујевцу на кнежевој ливади поред цркве, где је подигнута трибина за кнеза, у присуству народних старешина и око 2.400 представника сваког села, како тврди Р. Љушић, *Кнежевина Србија (1830–1839)*, Београд 1986, 137. Он сматра да је претеран податак о 4.000 народних представника који је изнео Н. Попов, I, 279 и који су касније скоро сви преносили.

8 Таквом виђењу иде на руку став Јована Стејића који је догађаје с почетка 1835. године назвао „револуцијом" и осећај његових истомишљеника, који су сматрали да је с Милетином буном наступила нова епоха у историји Србије, мада је друга струја (Јаков Живановић и следбеници) у томе видела само „демонштрацију", вид. Р. Љушић, „Србија 1835. године, Последња година Српске револуције", *Устав Књажевства Србије*, Београд 2004, 70–71.

9 Уосталом, и Луј XVIII је, после одласка Наполеона с престола, донео своју чувену Уставну повељу 1814. године у присуству оба скупштинска дома, мада је то суштински био класични октроисани уставни акт, који је монарх само прочитао пред представницима народа.

recognize more recent law concepts in ancient phenomena, which is another extreme).[6] Therefore, a legal historian can have a somewhat more flexible approach than a legal theorist, and a rigid use of contemporary criteria would unavoidably lead to the renaming of many historical legal documents. Thus even the Magna Carta Libertatum could not be unreservedly regarded as the first constitutional act in the world (according to some authors, not even as a constitution), because from the theoretical point of view it is certainly not a constitutional act, even when the specific features of the English legal system are taken into account. The Constitution of Sretenje, though only figuratively, could be called the „Serbian Great Charter of Liberty", considering both the similarities of their primary content (three basic subjects are common for both acts: the establishment of public authorities, the guarantee of rights and personal freedoms, regulation of taxation) and the way they were enacted – in a joint action of the only two relevant and legitimate political factors (the supreme ruler and the ruling class, under the open sky, in the presence of the people),[7] and even the main cause of their enactments – the dissatisfaction of the ruling class.[8] Even if it had been enacted only by the Prince (because the question of whether the Constitution of Sretenje was octroyed or not has been the cause of many discussions), it would not have altered its character, given the fact that there were such constitutional acts in other countries from that time, like the one from Württemberg.[9] The Constitution of

6 This phenomenon, for example, is very noticeable especially when trying to find a notion of human rights and many other leading contemporary political principles in ancient Greece, see more in S. Avramović, „Elementi pravne države i individualna prava u Atini", *Pravna država u Antici – pro et contra* (ed. S. Avramović), Beograd 1998,7–41.

7 Even the mise-en-scene in which these two acts were adopted is very similar: John Lackland brought his famous act in the presence of the barons at Runnymede field, on the south coast of the Thames, not far from Windsor Castle, and Miloš in Kragujevac on the prince's meadow next to the church, where a stand for the Prince was built, in the presence of the people's elders and about 2,400 representatives of each village, as claimed by R. Ljušić, *Kneževina Srbija* (1830–1839), Beograd 1986, 137. He feels that the data presented by N. Popov, I, 279 (which was later passed on by almost all), stating there were 4,000 national representatives, is excessive.

8 Such a view is supported by the attitude of Jovan Stejić, who called the events of the beginning of 1835 a „revolution" and the feeling of like-minded people, who believed that a new epoch in the history of Serbia had come with Mileta's revolt, although the other faction (Jakov Živković and his followers) saw in this only as a „demonstration", see R. Ljušić, „Srbija 1835 godine, poslednja godina srpske revolucije", *Ustav Knjaževstva Srbije*, Beograd 2004, 70–71.

9 After all, Louis XVIII, after the departure of Napoleon from the throne, passed his famous Constitutional Charter in 1814 in the presence of both houses of the Parliament, although it was essentially a typical octroyed constitutional act, which the monarch only read in front of the people's representatives.

и то што је важио тек неколико недеља (*Magna carta* из 1215. важила је једва три месеца), али је још гору судбину пре њега доживео француски монтањарски Устав из 1793. године, чији доносиоци такође нису имали фактичку снагу да га одрже у животу. Па ипак његов значај за даљи развитак не само француске, већ светске уставности је непроцењив, а тај документ се једногласно у правној историји назива уставом. Исто тако је и Сретењски устав, мада је уистину убрзо по доношењу био суспендован, током неколико наредних деценија дубоко обележио развој српске уставности. С друге стране, посматрано из угла легалитета, формалноправно ни Устав самопрокламоване државе Косово из 2008. године не испуњава теоријске услове да би се сматрао уставом, али он очигледно правно конституише једну „нову реалност", као што је то на известан начин и у извесној мери био случај и са Сретењским уставом. Коначно, можда и најважније, сами творци су тај документ сматрали и назвали уставом – термином који је тада први пут ушао у употребу у Србији, заменивши до тада уобичајену туђицу „конштитуција", а који је, по свему судећи, сковао његов главни писац – Димитрије Давидовић.[10]

Све у свему, звали га првим српским уставом или не, нема сумње да је сретењски документ засновао српску уставност. Већ је то довољан разлог да се, 175 година после његовог доношења, пажљиво сагледају извесна предубеђења која су се у вези с њим одавно појавила и временом прилично дубоко усадила.

2. СТЕРЕОТИП ДА ЈЕ СРЕТЕЊСКИ УСТАВ НАМЕТНУТ МИЛОШУ – УСТАВ КАО НЕЖЕЉЕНО ДЕТЕ

Многи уџбеници српске правне историје уче студенте права да је доношење Сретењског устава Милошу наметнуто Милетином буном. То становиште је најсажетије у новије време изразио Јовичић: „Невољно прихватајући доношење устава, Милош је једва дочекао да га, под спољним притиском, који су и његови противници морали уважавати, стави ван снаге".[11] Дакле, две су доминантне тезе садржане у помену-

10 Више о томе, али и етимологији и значењу саме српске речи „устав" („устављање" или „установљавање", или и једно и друго), вид. Р. Марковић, *150 година*, 111. Одавно се верује да је реч *устав* у наш правни речник увео управо Димитрије Давидовић (М. Ђ. Милићевић, 26), али све више преовлађује уверење да се његова етимологија не изводи од речи *устављање, устава*, него од *установљење, установа*, вид. и М. Павловић, (2005), 267.

11 М. Јовичић, „Устав Књажевства Сербије од 1835 (‘Сретењски устав’) и његово место у свету савремене уставности", *150 година*, 102. То, дакако, није тек Јови-

Sretenje is often challenged because it was valid for only a couple of weeks (the Magna Carta from 1215 lasted barely for around three months), but even worse was the fate of the French Montagnard Constitution from 1793, whose enactors also lacked the actual power to keep it alive. And yet, its importance for the further development of not only French, but world constitutionality, is invaluable, and this document is unanimously considered a constitution in legal history. The same goes for the Constitution of Sretenje, which, although abrogated shortly after its enactment, deeply influenced the development of Serbian constitutionality throughout the several upcoming decades. On the other hand, from the viewpoint of legality, formally not even the Constitution of the self-proclaimed state of Kosovo from 2008 does not meet the theoretical requirements for a constitution, but it clearly legally constitutes a „new reality", as was in some way and to some extent the case with the Constitution of Sretenje. Finally, and perhaps most importantly, the creators themselves considered and labeled the document as *ustav* – a term which was then used for the first time in Serbia, replacing the usual loanword „*konštitucija*",[10] which was, in all likelihood, coined by its lead writer – Dimitrije Davidović.[11]

All in all, whether it is perceived as the first Serbian constitution or not, the document of Sretenje did, without any doubt, establish Serbian constitutionality. That in itself is reason enough to carefully examine, 175 years after its enactment, the prejudices that surround it which have emerged long ago and, over time, became deeply rooted.

2. THE STEREOTYPE THAT THE CONSTITUTION OF SRETENJE WAS IMPOSED ON MILOŠ – THE CONSTITUTION AS AN UNWANTED CHILD

Many textbooks of Serbian legal history teach law students that the enactment of the Constitution of Sretenje was imposed on Miloš by Mileta's revolt. The view was most recently and most concisely expressed by Jovičić: „Reluctant in accepting the enactment of the Constitution, Miloš was eager to abrogate it, under external pressure, which his opponents had to acknowledge as well".[12] So, the two dominant theses are contained in

10 *Konštitucija* is an old word for constitution in the Serbian language.

11 More about that, but also about the etymology and meaning of the Serbian word „*ustav*" („to rein in" or „establish", or both), see R. Marković, *150 godina*, 111. It has long been believed that the word *ustav* was introduced into our legal vocabulary by Dimitrije Davidović (M. Đ. Milicević, 26), but recently a different belief is starting to prevail – that its etymology does not derive from the word *ustavljanje*, *ustava* – „to rein in", but from the word *ustanovljenje*, *ustanova* – „to establish", see M. Pavlović, (2005), 267.

12 M. Jovičić, „Ustav Knjaževstva Srbije od 1835. („Sretenjski ustav") i njegovo mesto u svetu savremene ustavnosti", *150 godina*, 102. This, of course, is not just Jovičić's

тој реченици: а) Милош није желео доношење Устава, већ су га на то приморале околности – незадовољство старешина; б) пошто га није желео, једва је чекао прилику да Устав буде суспендован. Нема сумње да ове тврдње имају одређено упориште у изворима и да делују прилично уверљиво, поготово када се има у виду Милошев карактер и начин владања, а нарочито чувено Вуково писмо „од пет табака" из 1832. године у коме опомиње Милоша да треба „дати народу *йравицу*, или, као што се данас у Европи обично говори, *консшишуцију*".[12]

Ипак су се током XX века на пар места, додуше више успутно, пробијале и нешто другачије идеје.[13] Или се, макар, основна идеја варирала у нешто блажем облику: ако Милош већ није био против Устава, он свакако није желео да по њему влада.[14]

При том се скоро сви слажу са Слободаном Јовановићем да је Сретењски устав само последња тачка у низу уставних покушаја

чићев став, већ се та теза одавно провлачи кроз литературу, чак и пре мишљења С. Јовановића, „Наше уставно питање у XIX веку", *Полишичке и йравне расйраве I* (Сабрана дела, II, Београд 1990, 18). Он ту каже да је „протест Сила добро дошао Милошу да се кратким путем ослободи једног устава на који је пристао само за невољу да би утишао једну буну у зачетку". То је определило ставове већег броја каснијих аутора. Тако и М. Владисављевић, *Развој усшавносши у Србији*, Београд 1938, 39 ставља у први план значај Милетине буне. На одређени начин Ј. Продановић (1936), 44 такође сугерише да Милош није желео Устав, јер сматра да је Устав „извојеван" од народа. Мало опрезније ту исту идеју дефинише Д. Николић, „Начин и околности доношења српских устава", *Анали Правноī факулшеша у Беоīраду*, 4/1989, 397 који тврди да је Устав донет „под јаким утиском који је оставила Милетина буна". Р. Марковић, „Сретењски устав, поводом сто педесет година од његовог доношења", *Анали Правноī факулшеша у Беоīраду* 2/1985, 150 истиче да друштвени извор Сретењског устава чине „захтеви пали у Милетиној буни, за коју се узима да је непосредно изазвала доношење Сретењског устава", а мало даље каже да „Милош тај устав искрено никада није ни желео", 158.

12 *Вукова йреиска* (ур. Љ. Стојановић), I-VII, Београд 1907–1913, II 630–632; В. С. Караџић, *Исшоријски сйиси*, Београд 1985, 234. Детаљну анализу Вуковог писма из угла историчара XIX века, вид. Н. Попов, 251. Вид. и М. Павловић, *Правна евройеизација Србије*, Крагујевац 2008, 37.

13 Пут таквом виђењу је најјасније утро М. Гавриловић, (1926), 202–203, указујући на то да је Милош гледао да на сваки начин спасе Устав; тако и М. Павловић, (1997), 51. Д. Поповић, „Устав од 1835. године – Сретењски устав", *Усшави кнежевине и краљевине Србије*, Београд 1988, 42 сматра да је „тешко закључити" да су на садржину Устава утицали побуњенички захтеви. Р. Љушић, *150 īодина*, 216 такође одбија помисао да је Милош „једва дочекао" противљење великих сила да би суспендовао устав, а исти писац, (1986), 120 фн. 12 указује и на изричито мишљење једног руског аутора да захтев за доношењем устава није био узрок Милетине буне.

14 Д. Поповић, „Сретењски устав и ограничена монархија", *150 īодина*, 169–182; 219–222.

the mentioned sentence: a) Miloš did not want the adoption of the Constitution, but was forced to it by the circumstances – the dissatisfaction of the elders; b) since he did not want it, he could not wait for an opportunity to abrogate it. There is no doubt that these claims have a certain foothold in the sources and that they seem pretty convincing, especially when we consider Miloš's character and his way of ruling, as well as take into consideration the famous Vuk's letter „of five sheets of paper" from 1832 in which he reminds Miloš that he should „give the people justice, or as it is called in Europe today, a constitution."[13]

However, in the course of the XX century, slightly different ideas started coming to light.[14] Or, at least, the main idea varied in a slightly milder form: if Miloš was not against the Constitution, he certainly did not want to rule by it.[15]

Also, almost everyone agrees with Slobodan Jovanović that the Constitution of Sretenje is only the last step in a series of constitutional at-

position, but this thesis has long been passed down through literature, even before the opinion professed by S. Jovanović in „Naše ustavno pitanje u XIX veku", *Političke i pravne rasprave I* (Collected Works, II, Beograd 1990,18). He says that „the protest of the Forces was welcomed by Miloš as an excuse to quickly get rid of a constitution which he agreed to only to silence a revolt in its roots". This determined the views of a number of later authors. In the same way, M. Vladisavljević, *Razvoj ustavnosti u Srbiji*, Beograd 1938, 39 puts the significance of Mileta's revolt in the foreground. In a certain way J. Prodanović (1936), 44 also suggests that Miloš did not want the Constitution, because he believes that the Constitution was „won" by the people. That same idea is defined a bit more cautiously by D. Nikolić in „Način i okolnosti donošenja srpskih ustava", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4/1989, 397 who claims that the Constitution was adopted „under the strong impression that Mileta's revolt had left". R. Marković, „Sretenjski ustav, povodom sto pedeset godina od njegovog donošenja", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/1985, 150, points out that the social roots of the Sretenje Constitution consist of „demands laid out in Mileta's revolt, which is considered to have directly provoked the adoption of the Sretenje Constitution", and a little further on he says that „Miloš never truly wanted that constitution", 158.

13 *Vukova prepiska* (ed. Lj. Stojanović), I–VII, Beograd 1907–1913, II 630–632; V.S. Karadžić, *Istorijski spisi*, Beograd 1985, 234. For a detailed analysis of Vuk's letter from the point of view of a XIX century historian, see H. Popov, 251. More in M. Pavlović, *Pravna evropeizacija Srbije*, Kragujevac 2008, 37.

14 The path to such a vision is most clearly paved by M. Gavrilović, (1926), 202–203, pointing out that Miloš was looking to save the Constitution in every way possible; it is the same with M. Pavlović, (1997), 51. D. Popović, „Ustav od 1835, Sretenjski ustav", *Ustavi kneževine i kraljevine Srbije*, Beograd 1988, 42 considers that it is „difficult to conclude" that the content of the Constitution was influenced by rebel demands. R. Ljušić, *150 godina*, 216, also rejects the idea that Miloš „could hardly wait" for the opposition of the Great Powers to suspend the Constitution, and the same writer, (1986), 120 fn. 12, also points to the explicit opinion of a Russian author that the request for the adoption of the Constitution was not the cause of Mileta's revolt.

15 D. Popović, „Sretenjski ustav i ograničena monarhija", *150 godina*, 169–182, 219–222.

који су започели још с Карађорђем и Првим српским устанком (Уставни акти из 1808. и 1811. године) и да се не појављује као *deus ex machina*.[15] Реч „конштитуција" се у Србији помињала већ 1805. године, а од двадесетих година XIX века, упоредо с другим бројним бунама, све се више говорило о потреби да се донесе устав. Али, да је било опасно призивати „конштитуцију", искусио је 1832. године српски буљукбаша, а потом и кнез, Јован Бобовац у Крагујевцу, који је био на смрт испребијан од непознатих људи на путу ка својој кући.[16] Многи су били склони да у томе виде прсте Милошевих људи, с његовим знањем или без њега. Све се то савршено добро уклапа у поменути клише.

2.1. Милетина буна је узроковала доношење Устава

Ипак, постоје и елементи који би могли говорити нешто другачије: да је Милош *желео и хтео* доношење устава и да је у том циљу предузимао низ акција, знатно пре Милетине буне. Доношење Устава се актуелизовало поготово после Хатишерифа из 1830. и 1833, у којима је предвиђено да Србија треба да уреди своју унутрашњу управу. Наиме, Нил Попов сведочи да је још од 1829. године Милош наложио људима „које је држао да су способни за тај посао, да скупљају грађу за српски устав",[17] а Р. Љушић подвлачи да је Милош већ од 1830. године дао налог Димитрију Давидовићу и Стефану Радичевићу да отпочну рад на припреми и изради нацрта устава.[18]

Архивска грађа, чији је део открила Љубица Кандић, потврђује овакав сценарио, а више пажње у литератури поклоњено је првим уставним предлозима тек у последњих четврт века.[19] Овде је место да се само наброје неки рани покушаји уставотворне радње, свака-

15 Вид. нарочито М. Јовичић, *150* година, 83; Д. Поповић, *150 година*, 169; Р. Љушић, *150 година*, 211, 216.

16 М. Ђ. Милићевић, *Поменик знаменитих људи у српског народа новијега доба*, Београд 1888, 38; вид. и М. Павловић, (2005), 263.

17 Н. Попов, I, 259.

18 Р. Љушић, (1986), 114, на основу Ј. Живановић, „Неколико примечанија на књигу Славени у Турској од Кипријана Роберта", Споменик СКА VI, Београд 1890, 62; М. Гавриловић, III, 282.

19 Прва је на њих озбиљније скренула пажњу Љ. Кандић, „Необјављени нацрти устава у Србији у првој половини XIX века", *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1972, 773; иста, „Државноправни статус врховних органа власти у Србији до доношења Сретењског устава и према Сретењском уставу", *150 година од доношења Сретењског устава*, Крагујевац 1985, 37. Потом је уставне нацрте у кратким потезима објаснио и Р. Љушић, (1986), 114–115. Најисцрпније се њима бавио Д. Поповић, *Прапочетак српског парламентаризма*, Београд 1996, 20–34.

tempts that began with Karađorđe and the First Serbian Uprising (Constitutional Acts of 1808 and 1811) and that it did not appear as *deus ex machina.*[16] The word „constitution" was mentioned in Serbia as early as 1805, whereas, from the 1820s onward, parallel with numerous other revolts, there was increasing talk of the need to pass a constitution. However, a Serbian "boluk-bashi"[17] and later a Prince, Jovan Bobovac, experienced just how dangerous it was to demand a constitution; in 1832, he was beaten to death by unknown people on his way home in Kragujevac.[18] Many were inclined to see the involvement of Miloš's people in this, with or without his knowledge. It all fits perfectly in the mentioned cliché.

2.1 Mileta's Revolt Caused the Adoption of the Constitution

Nevertheless, there are some elements which might indicate something else: that Miloš was eager and willing to adopt the Constitution and that he took a series of steps to achieve this goal, well before Mileta's revolt. The enactment of the Constitution was actualized especially after the Hatt-i sharifs from 1830 and 1833, in which it was provided that Serbia should regulate its internal management. Namely, Nil Popov testifies that even since 1829 Miloš had ordered people „whom he considered capable for the job – to collect the materials for the Constitution",[19] while R. Ljušić underlines that Miloš had already ordered Dimitrije Davidović and Stefan Radičević to start preparing and drafting the Constitution in 1830.[20]

The archive material, part of which was discovered by Ljubica Kandić, confirms such a scenario and more attention in the literature was paid to the first drafts of the Constitution only in the last quarter of the century.[21] Here we should only list some of the early constitution-building efforts,

16 More in M. Jovičić, *150 godina*, 83; D. Popović, *150 godina*, 169; P. Ljušić, *150 godina*, 211,216.

17 Boluk-bashi was an Ottoman officer rank equivalent to captain (translator's note – t/n).

18 M. Đ. Milićević, *Pomenik znamenitih ljudi u srpskog naroda novijega doba*, Beograd 1888, 38; see M. Pavlović, (2005), 263.

19 N. Popov, I, 259.

20 R. Ljušić (1986), 114, based on J. Živanović, „Nekoliko primečanija na knjigu Slaveni u Turskoj od Kiprijana Roberta", Spomenik SKA VI, Beograd 1890, 62; M. Gavrilović, III, 282.

21 The first one to draw attention to them more seriously was Lj. Kandić, „Neobjavljeni nacrti ustava u Srbiji u prvoj polovini XIX veka", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 5–6/ 1972, 773; the same, „Državnopravni status vrhovnih organa vlasti u Srbiji do donošenja Sretenjskog ustava i prema Sretenjskom ustavu", *150 godina od donošenja Sretenjskog ustava*, Kragujevac 1985, 37. Then the constitutional drafts were explained in short strokes by R. Ljušić (1986), 114–115. D. Popović dealt most exhaustively with them, *Prapočetak srpskog parlamentarizma*, Beograd 1996, 20–34.

ко руковођени Милошевом вољом. Важну чињеницу да је постојало више уставних нацрта пре доношења самог Устава у нашој уџбеничкој литератури посебно истиче само Љубомирка Кркљуш.[20]

а) У збирци Мите Петровића у Архиву Србије сачувана су два необјављена уставна предлога, још из 1831. године (дакле, четири године пре Устава). Први је под називом *План конштитуције српске*, био кратак, али је већ садржао низ савремених правних идеја, попут начела законитости и једнакости пред законом, наравно уз одредбе о организацији власти.

б) У истој збирци се налази и други документ, под називом *Устав*, такође из 1831. године, који је знатно потпунији и још детаљније предвиђа модерна уставна начела тога доба. Љ. Кандић указује да су неке од формулација у том тексту сличне, па и идентичне, с онима у Сретењским уставу и износи претпоставку да је оба ова текста сачинио Димитрије Давидовић.[21] Ако је то тако, а вероватно јесте, треба ли уопште сумњати да их је секретар и саветник Књажевске канцеларије[22] (која је била „свеколико правитељство"), припремао по Милошевом налогу?

в) Када би неко и помислио да је те пројекте Давидовић, или неко други, можда сачинио на своју руку, све сумње отклањају чувена писма француског дипломате грофа Боа-ле-Конта свом министру спољних послова, грофу де Рињију, из јуна 1834. године. Ту он сведочи да је нашао кнеза Милоша „веома заузета нацртом устава који има намеру земљи да да".[23] Из писама се стиче утисак да је доношење Устава била скоро Милошева опсесија, јер је француском дипломати снажно

20 Љ. Кркљуш, *Правна историја српског народа*, Београд 2010[3], 154.

21 За разлику од ње, Д. Поповић се уздржава од покушаја да одреди могућег састављача овог уставног нацрта, али уочава да је он био „не само присталица идеје о подели власти, него су њему свакако биле познате одредбе савремених европских устава о томе питању, као и стање уставне мисли оног доба", Д. Поповић, (1996), 27.

22 Давидовић је већ од 1825. године постао први секретар и ту позицију је држао све док није пао у немилост после повлачења Сретењског устава. Више о томе вид. Р. Љушић, „Политичка делатност Димитрија Давидовића у Србији (1821–1835)", *Стваралаштво Димитрија Давидовића*, Београд 1989, 69. Недавно се појавио исцрпан рад о Давидовићу и његовој каријери, вид. исти, *Оријентални новинар, европски политичар – Димитрије Давидовић (1789 – 1938)*, Београд 2006.

23 С. Новаковић, *Србија у 1834. години. Писма грофа Боа-ле-Конта де Рињи, министру иностраних дела у Паризу о тадашњем стању у Србији*, Споменик СКА XIV, 1894, 43.

certainly guided by Miloš's will. Ljubomirka Krkljuš[22] is the only one in our textbook literature who emphasizes the important fact that many constitutional drafts existed before the enactment of the Constitution itself.

a) In Mita Petrović's collection in the Archive of Serbia there are two unpublished drafts of the constitution from 1831 (meaning, four years before the Constitution). The first one is called „the Plan of the Serbian Constitution", which was short, but already contained several contemporary legal ideas, such as the principles of legality and equality before the law, with the provisions on the organization of the government, of course.
b) Another document under the name *Constitution*, from 1831, is also found in this collection; it is much more complete and establishes the modern constitutional principles of that era in a more detailed way. Lj. Kandić points out that some of the formulations in that text are similar, even identical, to those in the Constitution of Sretenje and makes an assumption that both of these texts were created by Dimitrije Davidović.[23] If that's the case, and it probably is, should there be any doubt that the secretary and counselor of the Prince's office[24] (which was „*svekoliko praviteljstvo*" – the entire government) prepared them at Miloš's order?
c) If someone would think that Davidović, or someone else, maybe created those projects on his own, all doubts are overthrown by the famous letters of the French diplomat, baron Bois-le-Comte to his minister of foreign affairs, count de Rigny, from June 1834. There he testifies that he found Prince Miloš „very busy drafting a constitution which he intended to give to the country".[25] From the letters we get the impression that adopting the Constitution was almost an obsession for Miloš because he was heavily pressing that topic in talks with the French diplomat in an attempt to

22 Lj. Krkljuš, *Pravna istorija srpskog naroda*, Beograd 2010, 154.

23 Unlike her, D. Popović refrains from trying to determine the possible creator of this constitutional draft, but notes that he was „not only a supporter of the idea of the separation of powers, but he was certainly familiar with the provisions of modern European constitutions on the issue, as well as the state of constitutional thought at the time.", D. Popović, 1996, 27.

24 Davidović became the first secretary as early as 1825, and he held the position until he fell out of favor after the withdrawal of the Sretenje Constitution. More about this in R. Ljušić „Politička delatnost Dimitrija Davidovića u Srbiji (1821–1835)", *Stvaralaštvo Dimitrija Davidovića*, Beograd 1989, 69. An in-depth paper has been published recently on Davidović and his career, see more, *Orijentalni novinar, evropski političar – Dimitrije Davidović (1789–1983)*, Beograd 2006.

25 S. Novaković, *Srbija u 1834. godini. Pismo grofa Boa-le-Komta de Rinji, ministru inostranih dela u Parizu o tadašnjem stanju u Srbiji*, Spomenik SKA XVI, 1894, 43.

наметао ту тему у разговорима и покушавао да га придобије за учешће у подухвату. У сваком случају, захваљујући овом извору, сазнајемо да су основне контуре устава тада већ биле јасно постављене, с обзиром на то да их је Милош недвосмислено изложио Боа-ле-Конту.[24] Другим речима, Милош је већ тада имао у рукама (и глави) нацрт Устава.

г) Четврти предлог уставних решења је онај који је, додуше после доста устезања, Боа-ле-Конт ипак пристао да изнесе Милошу, „као одговор на жељу коју ми је изјавио“.[25] Милош је, рекло би се с доста жара, желео да од француског дипломате извуче предлог за уставно уређење, чиме би, наравно, уставни концепт добио на ауторитету и прихватљивости.

Није искључено да је било још уставних предлога који су настали пре доношења Сретењског устава, о којима за сада немамо овако поузданих података.

Уз све друге наговештаје да је уставна радња увелико поодмакла пре Милетине буне,[26] већ само ова четири уставна пројекта довољно говоре да та буна није непосредно довела до доношења устава (нити да је устав припреман само двадесетак дана, иако је Давидовић писање заиста окончао у тако кратком року, радећи на Уставу првих пет дана без Милоша).[27] О Уставу се очигледно много дуже размишљало

24 Француз у Милошевом предлогу види увођење дводомног система: Савет (који би се састојао од доживотних чланова највишег суда – сената и министара) и Народну скупштину, која би се састајала сваке године да поврди оно што је изгласано или да дâ своје предлоге, вид. С. Новаковић, 44; Д. Јанковић, *150* година, 17. Ако је то тачно, онда би то донекле личило на Дом перова и Дом посланика из француске Уставне повеље 1814. године.

25 С. Новаковић, 44.

26 И други извори казују да је Милош 1830. године дао налог Д. Давидовићу и С. Радичевићу да отпочну са прикупљањем грађе и израдом нацрта устава. Б. Куниберт, I, 372 сведочи да је Давидовић, када га је Милош послао у Крагујевац да извиди ствари, завереницима у Милетиној буни рекао да се „на реформама одавна ради“ и да ће се „у фебруару изнети и обнародовати основни закон“. Вид. и Д. Поповић, *150 година*, 169; Р. Љушић, (1986), 114.

27 Р. Љушић, (2004), 71 истиче да је писање трајало „последње десетице јануара и прве десетице фебруара“; исти, *150 година*, 213; М. Јовичић, *150 година*, 100, каже да је припремање Устава трајало две недеље, али додаје да је добар део идеја које су добиле уставну форму већ раније циркулисао или се сретао у „примерима за углед“ који су служили као инспирација при изради Устава. Приликом израде Устава Давидовић је консултовао свакога за кога би сматрао да може бити од користи, па се зато у последње време све чешће среће став да је га је саставио уз помоћ једне комисије, Љ. Кркљуш, 154; М. Павловић, (2005) 265, иако би се пре рекло да је то била само група људи који нису били стриктно одређени и који нису одржавали редовне седнице.

secure his participation in the venture. In any case, thanks to this source, we find that the basic contours of the Constitution had already been clearly established, since Miloš presented them unequivocally to Bois-le-Comte.[26] In other words, Miloš already had the draft of the Constitution in his hands (and his mind).

d) The fourth proposal for the constitutional solution is the one that, after a lot of hesitation, Bois-le-Comte agreed to present to Miloš, „as an answer to a wish he expressed to me".[27] Miloš, with a lot of eagerness, it would seem, wanted to extract a proposal for the constitutional order from the French diplomat, thus providing more authority and acceptability for the constitutional concept.

We cannot rule out the possibility that even more constitutional drafts existed before the adoption of the Constitution of Sretenje, on which we, for the time being, lack reliable sources or data.

With all other indications that the constitutional activities were well underway far before Mileta's revolt,[28] these four drafts of the Constitution alone are support enough for the claim that the revolt did not directly lead to the adoption of the Constitution (nor that the Constitution was prepared in only 20 days, although Davidović did complete the writing in such a short period, while working on the Constitution during the first five days without Miloš).[29] Obviously, the Constitution was long thought

26 The Frenchman sees in Miloš's proposal the introduction of a bicameral system: the Council (which would consist of life-long members of the highest court – the senate and the ministers) and the National Assembly, which would meet every year to confirm what had been voted or to give its proposals, see S. Novaković, 44; D. Janković, *150 godina*, 17. If that is true, then it would somewhat resemble the Chamber of Peers and the Chamber of Deputies from the French Constitutional Charter of 1814.

27 S. Novaković, 44.

28 Other sources also say that Miloš gave an order to D. Davidović and S. Radičević to start collecting material and drafting the constitution. B. Kunibert, I, 372 testified that Davidović, when Miloš sent him to Kragujevac to assess the situation, told the conspirators in Mileta's revolt that „reforms have been underway for a long time" and that „the basic law will be presented and promulgated in February". See D. Popović, *150 godina* 169; R. Ljušić (1986), 114.

29 R. Ljušić (2004), 71 points out that the writing lasted throughout „the last decades of January and the first decades of February", the same, *150 godina*, 213; M. Jovičić, *150 godina*, 100, says that the preparation of the Constitution took two weeks, but adds that a good part of the ideas that were given a constitutional form had already been circulated or met in „model examples" that served as an inspiration in drafting the Constitution. During the drafting of the Constitution, Davidović consulted everyone he thought could be useful, so lately, the opinion that he created it with the help of a commission is prevailing, Lj. Krkljuš, 154; M. Pavlović, (2005) 265, although it would be rather said that it was only a group of people that was not strictly defined and who did not hold regular sessions.

и марљиво се припремао у кнежевској канцеларији бар неколико година. То што ништа од пројеката раније није преточено у Устав, према неким мишљењима указује на неискреност Милошевих намера. Ипак, можда би се пре дало рећи да то сведочи само о Милошевом опрезу при увођењу устава (или да није био задовољан решењима), али не и да Устав није желео.

> *Кумашине, чиниш 'волико,*[28] *очи отварај, гледај шта пишеш, да после немам нове главобоље*, каже Милош Давидовићу. Он му одговара:
>
> *Не брините се, Господару, Србија има независно внутрење правленије: ви можете своју земљу уређивати како нађете за најбоље!*
>
> На то ће Милош: *Е, мој кумашине, да је то јахати коња, пасати сабљу и бити се с Турцима, знао бих ја и сам шта бих радио, али то наше независно правленије мора да се повија по сваком јаком ветру. Зато ти гледај шта пишеш!*.

Овај дијалог, који се радо цитира или парафразира,[29] показује много више од онога што се обично на први поглед у њему види – он мање одражава бригу о томе како и колико ће се Уставом ограничити његова власт, него пре како ће Устав доживети велике силе и „јаки ветрови". И, свакако, открива Милошеву свест о националном значају уставног подухвата, као и разумљив опрез у његовом сачињавању. Но, најзад, сведочи и о постојању његове, чак би се могло рећи, стварне и искрене жеље (али, наравно, и интереса) да се до Устава дође,[30] па

28 Можда треба подсетити да овај вербални уметак нема посебно значење, јер је то била уобичајена Милошева поштапалица, вид. М. Ђ. Милићевић, *Поменик знаменитих људи у српског народа*, Београд 1959, 269.

29 М. Ђ. Милићевић, *Поменик* 121–122; исти, *Кнез Милош у причама*, 93–94, цит. према М. Павловић, *Преображенски устав,* 46. Нешто другачији дијалог, али са истим садржајем, помињу М. Јовичић, 100 фн. 17: *Пази, куме, да се у чему не потакнемо; ти знаш с ким ћемо имати посла*...; Р. Љушић, КС, 139: *Мотри, кумашине, да се у чему не спотакнемо. Ти бар добро знаш с ким ми имамо посла*.

30 Мада се свака Милошева реч мора прихватати *cum grano salis*, као и што се мора имати у виду да беседа на Светоандрејској скупштини пре проглашења Устава има непосредан циљ да амортизује последице Милетине буне, из дела тог његовог говора стиче се прилично уверљива слика о претходним радњама, његовом виђењу услова за доношење Устава, па и његовом личном односу према Уставу: „Ја нисам могао за тако кратко време да посвршујем претходне послове за скупштину као што сам желео. Ми смо постали наново људима тек од пре годину дана, откад су уређени наши односи с Портом. Тек од године дана Србија је држава, а при заснивању државе, нарочито нове и младе, треба бити обазрив и не хитати много... Све је то допринело те смо мало задоцнили с увођењем установа о којима сам вам прошле године говорио, и које сам, као што сам вам био рекао, желео завести у нас... Стога хоћу, драга браћо, да вам поновим прошлогодишњу беседу, која је штампана и раздата међу вама. У њој

of and carefully prepared in the Prince's office for at least a few years. The fact that none of the earlier projects were developed into a Constitution, according to some, points towards the dishonesty of Miloš's intentions. However, it may rather be stated that it is a testimony of Miloš's caution regarding the introduction of the Constitution (or that he was not satisfied with the solutions), but not that he did not want it.

> *Kumašin,*[30] *you are doing this much,*[31] *open your eyes, pay close attention to what you are writing, so that I do not have any new headaches,* says Miloš to Davidović.
>
> Davidović answers*: Do not worry, my Lord, Serbia has an independent internal government, you can organize your country as you see fit!*
>
> Miloš replies*: Well, my kumašin, if it was horse riding, wielding a saber, and fighting with the Turks, I would know what to do myself, but our independent order/government has to bend under every strong wind. Therefore, write carefully!*

This dialogue, which is often cited and paraphrased,[32] shows much more than what is usually seen in it at first glance – it reflects less the worry about how and how much the Constitution will limit Miloš's power, but more so how the Constitution will be perceived by the Great Powers and „the strong winds". And, of course, it reveals Miloš's awareness of the national importance of the constitutional venture, as well as an understandable caution in drafting it. And finally, it also testifies to the existence of his, one could even say, real and sincere wish (but of course, also his interest) for the Constitution to be enacted,[33] and for

30 „*Kumašin*" is a specific Serbian term for a close spiritual relationship between two people. It is mostly used for a friend acting in a ceremonial role during one's wedding (something similar to a best man or groomsman), while the shorter form *kum* refers to either this or a godparent. In both forms, *kumstvo* is a tie that lasts a lifetime and is considered to be a bond stronger than blood. However, the word is also used colloquially to address a stranger, just as one might say 'my friend' to someone without actually being close to them – t/n.

31 Perhaps it is worth mentioning that this verbal insert has no special meaning, because it was Miloš's usual way of addressing people, see M. Đ. Milićević, *Pomenik znamenitih ljudi u srpskog naroda*, Beograd 1959, 269.

32 M. Đ. Milićević, *Pomenik* 121–122; the same, *Knez Miloš u pričama*, 93–94, according to M. Pavlović, *Preobraženski ustav*, 46. A somewhat different dialogue, but with the same content, is mentioned by M. Jovičić, 100 fn. 17: *Beware, kumašin, that we do not take any missteps; you know who we are going to deal with...*; R. Ljušić, KS, 139; *Watch out, kumašin, so that we don't stumble. At least you know very well who we are dealing with*.

33 Although Miloš's every word must be accepted *cum grano salis*, as well as it must be kept in mind that the sermon at the St. Andrew's Assembly before the promulgation of the Constitution had the immediate goal of cushioning the consequences of Mileta's revolt, from a part of his speech – a rather convincing picture of previous actions, his view of the conditions for the adoption of the Constitution, and his attitude towards the Constitution emerges: „I could not complete the previous tasks for

и да тај Устав има трајнију вредност.[31] Милетина буна је већ донету одлуку само убрзала.[32]

2.2. Милош је желео да се Устав суспендује

Ако и поред реченог остају извесне сумње у искреност Милошевих намера да донесе Устав (јер је њему можда више одговарало да влада по хатишерифима, како верује Љушић[33]), онда њих озбиљно може уздрмати преиспитивање другог стереотипа – да је Милош једва дочекао да велике силе оборе тек донети Устав. Овај стереотип је наметнуо још Михајло Гавриловић, а онда се преносио међу српским историчарима „с колена на колено".[34] Ипак, као да се данас на овај став све опрезније гледа. Драгољуб Поповић је аргументовано указивао на то да је Милошев циљ био очување Устава,[35] слично тврди и Радош Љушић,[36] а исту идеју прихвата и Марко Павловић.[37]

сам вам ја рекао колико сам желео да се сви послови народни уреде", Б. Куниберт, I, 382–383.

31 О томе лепо сведочи и део његовог говора који је одржао том приликом, објављеног у Давидовићевом листу *Новине србске* бр. 5 од 2/14. фебруара 1835: „Овом' уставу треба, да се сви колици закунемо, и сви, који се овде на скупи налазимо, и сва остала браћа, које неима овде; да се закунемо сви, један другому, и Књаз властима и народу, и власти Књазу и народу, и народ Књазу и властима, да ћемо држати устав овај свето и нерушимо, као што држимо свето Еванђелије, и да нећемо ни од једне черте његове одступити, нити једне самовољно промјенити, без договора и согласија свију нас и народа...". Вид. и *Устав Књажевства Србије*, Архив Србије, Београд 2004, 7.

32 Тако и М. Павловић, „Уставноправна европеизација Кнежевине и Краљевине Србије", *Србија и европско право III*, Крагујевац 1998, 168. Недавно је Д. Поповић изнео чак обрнуту претпоставку, да је у ствари рад на уставном нацрту подстакао буну и довео до њеног избијања, Д. Поповић, (2004), 73.

33 Р. Љушић, *150 година*, 215. То, ипак, није много вероватно, јер је Хатишериф предвиђао непокретне Совјетнике и доста других за њега не баш повољних решења.

34 Ипак, Гавриловић није то баш тако једнострано представио, јер на једном месту тврди да је Милош „гледао на сваки начин да спасе Устав", М. Гавриловић, „Суспендовање првога српског устава", *Из нове српске историје,* Београд 1926, 203.

35 Д. Поповић, (1988), 42. Детаљније објашњење даје на другом месту, према коме је Устав погодовао Милошу и зато се он трудио да га сачува, а да је Русија обарала Устав управо због тога што је желела да ограничи Милоша, па су аргументи о његовој либералности били само тактичке природе, Д. Поповић, (1996), 97. Став о спасавању Устава овај аутор најтврђе заступа у Д. Поповић, (2004), 74.

36 Р. Љушић, *150 година*, 216.

37 М. Павловић, (1997), 51, где и он, као многи други аутори, преузима и Гавриловићеву синтагму да је Милош „покушао да спасе" Устав. На другом месту Павловић истиче да је Милош „морао" да укине Устав, М. Павловић, (1998), 170.

that Constitution to have a lasting value.[34] Mileta's revolt only accelerated the already existing decision.[35]

2.2 Miloš Wanted the Constitution Suspended

If even despite what has been said, there remain doubts about the honesty of Miloš's intentions to adopt the Constitution (because perhaps it suited him more to reign by the Hatt-I sharif, as Ljušić[36] believes), then they can be seriously shaken by the reconsideration of another stereotype – that Miloš was actually looking forward to the suspension of the newly enacted Constitution by the Great Powers. This stereotype was first imposed by Mihajlo Gavrilović, and was then passed down by the Serbian historians „from generation to generation."[37] Still, this view is approached with great caution today. Dragoljub Popović argumentatively pointed out the fact that Miloš's goal was to protect the Constitution,[38] and a similar

---

the Assembly in such a short time as I had wanted. We became human again only a year ago, since our relations with the Porte were settled. Serbia has been a state for only a year, and when founding a state, especially a new and young one, one should be careful and not rush much... All of this contributed to us being a little late with the introduction of the institutions I told you about last year, and which I, as I told you, wanted to establish in our country... Therefore, dear brothers, I want to repeat last year's sermon, which was printed and distributed among you. In it, I told you how much I wanted all the public affairs to be settled", B. Kunibert, I, 382–383.

34 This is also pointed out nicely by a part of his speech he gave on that occasion, published in Davidović's newspaper *Novine srbske* no. 5 of 2/14. February 1835: „With this constitution, we should all swear, and all of us who are here at the gathering, and all the other brothers, who are not here; we should all swear, to one another, and the Prince to the authorities and the people, and the authorities to the Prince and the people, and the people to the authorities and the Prince, that we will hold the constitution sacred and indestructible, as we hold the sacred Gospel, and that we will not abolish neither one dash of it, nor will it be changed arbitrarily, without the agreement and consent of all of us and the people...". See also *Ustav Knjaževine Srbije*, Arhiv Srbije, Beograd 2004, 7.

35 The same M. Pavlović, „Ustavnopravna evropeizacija Kneževine i Kraljevine Srbije", *Srbija i evropsko pravo III*, Kragujevac 1998, 168. Recently, D. Popović even made an opposite assumption, that in fact the work on the constitutional draft incited the revolt and led to its outbreak, D. Popović, (2004), 73.

36 R. Ljušić, *150 godina*, 215. This, however, is not very likely, because the Hatt-I sharif stipulated permanent Advisers and many other solutions that were not very favorable for him.

37 However, Gavrilović did not present it so one-sidedly, because in one place he claims that Miloš „tried to find a way to save the Constitution at any cost", M. Gavrilović, „Suspendovanje prvoga srpskog ustava", *Iz nove srpske istorije*, Beograd 1926, 203.

38 D. Popović, (1988), 42. He gives a more detailed explanation in another place, according to which the Constitution benefited Miloš and that is why he tried to preserve it, and that Russia contested the Constitution precisely because it wanted to limit Miloš, so the arguments about its liberality were only of a tactical nature, D. Popović, (1996), 97. The attitude towards the saving of the Constitution this author most strongly advocates in: D. Popović (2004), 74.

Јер, Милош је одмах, већ у фебруару, једанаест дана по доношењу Устава, чим су стигле вести да Порта шаље свог изасланика у Србију, покушао да спасава Устав.[38] Послао је у Цариград вештог и угледног дипломату Михаила Германа, државног саветника и Милошевог повереника у Русији. Тек што је Герман отишао, у Крагујевац стиже Портин комесар, али истог дана (14. фебруара по старом календару), Милош издаје Указ о устројству Државног савета и поставља саветнике, реализујући уставне одредбе у пракси. Лепо примећује Гавриловић да „није било никаквог застоја у уставној радњи".[39]

Очекивало се да ће Герман обезбедити помоћ или барем некакво разумевање Русије, али се управо ту наишло на најтврђи став: Србија није смела, без претходног консултовања с било ким, као вазална творевина, донети Устав и само га поднети Порти на увид – *ad informandum*. Руски амбасадор Бутењев је тврђи и од самих Турака – он Устав неће ни да узме у руке, нити да саслуша Германа, већ изговара чувене речи да је Устав „француско-швајцарска конштитуција", те да се мора уклонити.[40] Нудио је Милош преко Германа и преправку

38 У погледу става великих сила према Уставу, Куниберт сматра да сама Порта није била претерано забринута због његовог доношења нити би му се она противила, да на њу нису навалиле Русија и Аустрија", Б. Куниберт, II, 27. Према његовом увиду, Аустрија је била узнемирена што Србија доноси Устав, она је „најпосле мрзела и сам израз устав", али су у Бечу добро знали да је Устав у Србији тада био само „тренутни оброчни зачин", Б. Куниберт, II 19–20.

39 М. Гавриловић, (1926), 194–195.

40 Када је Герман понудио Бутењеву примерак Устава, кнежев говор на Скупштини и неке указе, Рус му је одрешито одговорио: „Ту вашу конштитуцију! О, не, не! Таква акта и документа нећу да трпим ни у својој канцеларији!", М. Гавриловић, (1926), 199. Наравно, Бутењев је већ пре тога знао за основна решења из Устава на основу текста објављеног у *Новинама србским* од 2. и 9. фебруара 1835. године (стари календар), на основу писма – депеше, коју је аустријски генерал Фајт из Земуна написао аустријском интернунцијусу у Цариграду, а који ју је одмах показао Бутењеву (где се помиње да је конституција „сасвим основана на шарти францускоj"), али и из других дипломатских и обавештајних извора. У даљем разговору с Бутењевим, Герман је очигледно покушавао да што упорније и аргументованије брани Устав – што свакако није чинио на своју руку. Покушавао је да одговори на непријатна питања: „Нашто Кнезу Попечитељство Иностраних Дела, с ким он има уговоре? Односи су његови према Порти унутрашње природе". Герман то правда примером Влашке, која је исто вазална, али има своју канцеларију за иностране послове. „Зашто нисте ви свој устав послали Русији на преглед?", него су Срби „тајно, без знања и Русије и Порте, начинили себи Устав", а Герман истиче да је баш зато сада донео њему Устав, како би Русија могла да у њега унесе измене. Бутењев је сумњичио чак и српску тробојну заставу и питао зашто је „као француска", итд. Вид. детаљно М. Гавриловић, (1926), 199–200. Р. Љу-

view is offered by Radoš Ljušić,[39] while Marko Pavlović[40] accepts the same idea. Because Miloš immediately, as early as February, eleven days after the adoption of the Constitution, when news broke out that the Porte was sending their envoy to Serbia, tried to save the Constitution.[41] He had sent the skillful and respectable diplomat Mihailo German, the state counselor and Miloš's commissioner in Russia, to Constantinople. As soon as German left, the Porte's commissioner arrived in Kragujevac, but that same day (February 14th, according to the old calendar), Miloš issued a Decree on the establishment of the State Council and appointed counselors, putting constitutional provisions into practice. Gavrilović plausably notes that „there was no delay in the constitutional activities".[42]

It was expected that German would secure help, or at least some understanding from Russia, but this is where the strongest stance was found: Serbia had no right, without consulting anyone beforehand, as a vassal state, to adopt a constitution and only bring it to the Porte for inspection – *ad informandum*. The Russian ambassador Butenjev is even tougher than the Turks themselves – he would not even touch the Constitution, nor listen to German, but famously said that the Constitution was a „French-Swiss constitution", and therefore must be dissmissed.[43] Miloš even offered

39 R. Ljušić, *150 godina*, 216.

40 M. Pavlović, (1997), 51, where he, like many other authors, takes over Gavrilović's phrase that Miloš „tried to save" the Constitution. Elsewhere, Pavlović points out that Miloš „had to" repeal the Constitution, M. Pavlović, (1998), 170.

41 Regarding the attitude of the Great Powers towards the Constitution, Kunibert believes that the Porte itself was not overly worried about its adoption, nor would it have opposed it, „if Russia and Austria had not pressed the matter", B. Kunibert, II, 27. According to his insight, Austria was upset that Serbia was passing the Constitution, it „basically hated the very term constitution", but they knew very well in Vienna that the Constitution in Serbia at that time was only a „way to add some spice at the moment", B. Kunibert, II 19–20.

42 M. Gavrilović, (1926), 194–195.

43 When German offered Butenjev a copy of the Constitution, the prince's speech at the Assembly and some decrees, the Russian answered emphatically: „Your constitution! Oh, no, no! I will not tolerate such acts and documents even in my office!", M. Gavrilović, (1926), 199. Of course, Butenjev already knew about the basic solutions from the Constitution thanks to the text published in *Novine srbske* on February 2nd and 9th, 1835 (old calendar), based on the letter – dispatch, which was written by the Austrian general Fait from Zemun to the Austrian internment in Constantinople, who immediately showed it to Butenjev (where it is mentioned that the constitution is „completely grounded in the French charter"), but also from other diplomatic and intelligence sources. In a further conversation with Butenjev, German obviously tried to defend the Constitution as persistently and argumentatively as possible – which he certainly did not do on his own. He tried to answer the unpleasant questions: „Why does the Prince keep a Ministry of Foreign Affairs, whom does he have contracts with? His relations with the Porte are of an internal nature." German justifies this with the example of Wallachia, which was also a vassal state, but had its own office for foreign affairs. „Why haven't you sent your constitution to Russia for a review?",

Устава, истицао је да се Устав неће примењивати до Ђурђевдана како би се у њега могле уградити измене које Русија буде сугерисала, пребацивала се кривица на „људе из околине“ (очигледно је Давидовић већ био жртвован).[41] Солидарност империја уздрманих покретима побуњених народа дошла је потпуно до изражаја. Не заборавимо да је то било време када се Русија суочавала са озбиљним проблемима и нередима у Пољској.[42]

Јанковић, стога, чини се с правом закључује да прави узрок суспендовања Устава треба тражити искључиво у међународним односима и интересима великих сила.[43] У свему томе, скоро је извесно, није било Милошеве двоструке игре.[44]

шић, (1986), 147 нарочито потенцира чињеницу да се Бутењев чудио ставу Порте која Уставу не придаје никакав значај, већ се углавном занима питањем Милошевог доласка у Цариград.

41 Безмало сваки детаљ из тешког разговора које је имао Герман са Бутењевим, који живо преноси Гавриловић, показује да је он добро припремио аргументацију за одбрану Устава, скоро извесно у договору са Милошем (поготово идеја са одлагањем увођења Устава до Ђурђевдана, како би се одобровољиле велике силе). Уосталом, доста тога је садржавало и Милошево писмо које је донео за Бутењева и реис-ефендију. Низ аргумената који су се посезали с обе стране у том узбудљивом и тешком разговору, сведоче о свесрдном дипломатском напору наступу Германа (који је у једном тренутку и заплакао), али и о томе да је Бутењев већ унапред заузео непоколебљив негативан став, М. Гавриловић, (1926), 197–201.

42 Боа-ле-Конт јасно указује да је на Русију утицала пољска револуција (1830–1831) да не заврши преговоре са Портом о српској аутономији „с истим расположењем с којим их је започела“. „Пре пољске револуције Русија гледаше са наклоношћу у српској независности политички догађај савршено повољан за њене итересе и извршен њеном помоћу. Одмах после устанка у Варшави, она виде да је то једна од оних популарних буна, којих је она сама осетила у срцу свога властитога царства. Једна реч господина Неселрода српским изасланицима издаде ову промену. Дотле им је увек говорио само о народности српској, а то је био израз који и они употребљаваху са Његовим Царским величанством као и са његовим министрима. Кад су се опет послужили тим изразом, ‘Шта подразумевате под српским народом’, запита г. Неселроде, ‘цар не зна за српски народ, он познаје само кнеза Милоша’“, С. Новаковић, 14–15. О томе да су се догађаји у Пољској рефлектовали и на руску, али и на Портину политику према Србији, вид. и М. Гавриловић, (1912), III, 311, 385. Тако и Р. Љушић, *150 īодина*, 64.

43 Д. Јанковић, *150 īодина*, 16–18.

44 Р. Љушић, (1986), 150 указује на податак да је Милош био „врло радостан“ када је добио писмо руског посланика, у којем је овај одобрио његов кратак план за израду новог устава.

a correction of the Constitution, through German, and asserted that the Constitution wouldn't be in force until Đurđevdan,[44] so that the changes Russia may want to suggest could be incorporated – the blame was being shifted to the „surrounding people" (Davidović had obviously already been sacrificed).[45] The solidarity of the empires shaken by the movements of the rebellious people had fully come to light. Let us not forget that it was a time when Russia was facing serious problems and disorder in Poland.[46]

Janković, therefore, rightfully concludes that the real reason for the suspension of the Constitution should be looked for solely in the international relations and the interests of the Great Powers.[47] In all of that, it's almost certain that there were no twofold games by Miloš.[48]

---

stating that the Serbs instead „secretly, without the knowledge of either Russia or the Porte, made a Constitution for themselves", and German points out that it is precisely why he brought him the Constitution at that moment, so that Russia could implement changes. Butenjev even suspected the Serbian tricolor flag and asked why it was „like the French", etc. See in detail M. Gavrilović, (1926), 199–200. R. Ljušić, (1986), 147 especially emphasizes the fact that Butenjev was surprised by the Porte's position and attitude, which paid no heed to the Constitution, but was mainly interested in the issue of Miloš's arrival in Constantinople.

44 The day dedicated to St. George, celebrated on the 6th of May (t/n).

45 Almost every detail from the difficult conversation that German had with Butenjev, which is vividly transmitted by Gavrilović, shows that he had thouroughly prepared the arguments for the defense of the Constitution, almost certainly in agreement with Miloš (especially the idea of postponing the introduction of the Constitution until St. George's Day, in order to obtain the approval of the Great Powers). After all, Miloš's letter, which he brought for Butenjev and the reis-effendi, also contained a lot. A series of arguments reached for on both sides in that exciting and difficult conversation testify to the wholehearted diplomatic effort of German's performance (who eventually started crying at some point), but also to the fact that Butenjev had already taken an unwavering negative attitude, M. Gavrilović, (1926), 197–201.

46 Bois-le-Comte clearly indicates that Russia was influenced by the Polish Revolution (1830–1831) in a way that the negotiations with the Porte on Serbian autonomy were not ended „with the same mood with which it started them". „Before the Polish Revolution, Russia looked upon Serbian independence with sympathies, as a political event perfectly favorable for its interests and carried out with its help. Immediately after the uprising in Warsaw, it saw that it was one of those popular revolts, which it felt itself, in the heart of its own empire. One word from Mr. Nesselrode to the Serbian envoys betrayed this change. Until then, he had always spoken to them only about the Serbian nation, and that was an expression that they used with His Imperial Majesty as well as with his ministers. When they again used this phrase, 'What do you mean, Serbian people', asked Mr. Nesselrode, 'the emperor does not know of the Serbian people, he knows only Prince Miloš", S. Novaković, 14–15. About the fact that the events in Poland reflected on both Russia's and the Porte's policy towards Serbia, see M. Gavrilović, (1912), III, 311, 385. So did R. Ljušić, *150 godina*, 64.

47 D. Janković, *150 godina*, 16–18.

48 R. Ljušić, (1986), 150 points to the fact that Miloš was „very happy" when he received a letter from the Russian ambassador, in which he approved his short plan for drafting a new constitution.

3. СТЕРЕОТИП О МИЛОШЕВИМ ЛИЧНИМ МОТИВИМА – РЕАНИМАЦИЈА МРТВОРОЂЕНЧЕТА

Ако би се већ могао бранити став да је Милош стварно желео доношење Устава и да је хтео да га спасе (а не да се радовао његовој пропасти), нужно се намеће питање његових мотива: зашто би он Устав уопште желео?

Први, лични мотив, јасно је већ препознат у литератури. Лепо је Д. Поповић претпоставио да је Милош, „неписмени сељанин који се подигао у буни... бар у главним цртама, замишљао своју владавину сличном оној коју су спроводиле турске паше“.[45] Такве су, скоро је несумњиво, биле његове свесне или подсвесне жеље. Ипак је прагматични Милош, „вештак у повијању и врдању“,[46] после свих буна и незадовољстава,[47] имајући у виду услове које је поставио Хатишериф да део власти мора да пренесе на Совјет (при чему Хатишериф тражи да совјетници буду непокретни), јасно сагледао реалност. Боље је било поставити услове игре онако како то њему одговара, учинити оно што се мора учинити и, како ће то после неколико деценија формулисати његов син Михаило када је схватио да је његов апсолутизам неодржив и да се мора ићи у реформе: „боље је да их ми сами дамо, но да нам оне силом буду отете“.[48] Поучен вероватно и искуством из Виртемберга из 1814. године, где народни представници нису прихватили милост владара у облику октроисаног устава, одлуку да „подари“ Устав је очигледно донео много пре Милетине буне.[49] Отуд се појавило онолико уставних концепата пре доношења самог Устава.

Други, општији Милошев мотив је, чини се, још важнији. Он је Устав желео ради учвршћења националних циљева, исказивања државотворности и утврђивање политичке самосталности Србије. Уосталом, још је С. Јовановић писао да је Милош имао два задатка:

45 Д. Поповић, (1996), 35.

46 С. Јовановић, (1933), Сабрана дела III, 343.

47 Д. Јанковић, *150 īодина*, 12 набраја најзначајне изливе незадовољства: 1817. буна Симе Марковића и Павла Цукића у шест нахија; 1821. буна Марка Тодоровића Абдуле и Стевана Добрњца у Пожаревачкој нахији; 1825. буна Милоја Петровића – Ђакова буна у Смедеревској нахији; 1826. буна Ђорђа Чарапића у Београдској нахији.

48 Д. Јанковић, *150 īодина*, 17.

49 То скоро недвосмислено потврђује и Гавриловић, уверен да је Милош схватио да је „то питање у јавности избило, и да је од неколико година толико сазрело да се морало у скорој будућности скинути с дневнога реда“, М. Гавриловић, (1926), 202.

3. THE STEREOTYPE OF MILOŠ'S PERSONAL MOTIVES – REANIMATION OF THE STILLBORN

If one could defend the position that Miloš really wanted to pass the Constitution and to save it (rather than rejoicing in its downfall), the question of his motives would necessarily arise: why would he want the Constitution at all?

The first motive, a personal one, is already recognized in literature. D. Popović correctly assumes that Miloš, „an illiterate peasant risen in a revolt... at least in broad strokes envisioned his rule as something similar to that carried out by the Turkish pashas."[49] Such, almost without a doubt, were his conscious or subconscious desires. Yet, the pragmatic Miloš, „an expert in bowing down and evasion",[50] after all the revolts and resentments,[51] bearing in mind the conditions imposed by the Hatt-I sharif that a part of the authorizations must be transferred to the Council (whereby the Hatt-I sharif demands that the counselors be immovable), perceived reality with a great degree of clarity. It was better to set the conditions of the game in a way that suited him, to do what must be done and, as his son Mihailo would formulate it several decades later on, when he realized that his absolutism was unsustainable and had to go into reform: „it is better that we give them ourselves, then to let them be taken away by force."[52] Taught probably by the experience of Württemberg from 1814, where the representatives of the people did not accept the mercy of the rulers in the form of an octroyed constitution, he had obviously made the decision to „grant" the Constitution long before Mileta's revolt.[53] Hence, many constitutional concepts emerged before the Constitution itself was adopted.

Miloš's second, more general motive seems to be even more significant. He wanted the Constitution to consolidate national goals, to express statehood, and to establish Serbia's political independence. After all, even S. Jovanović wrote that Miloš had two tasks: „first, to liberate the country;

49 D. Popović, (1996), 35.

50 S. Jovanović, (1993), *Sabrana dela III*, 343.

51 D. Janković, *150 godina*, 12, lists the most significant outbursts of dissatisfaction: in 1817, the revolt of Simo Marković, and Pavle Cukić in six „nahias"; the 1821 revolt of Marko Todorović Abdula and Stevan Dobrnjac in the nahia of Požarevac; the 1825 revolt of Miloja Petrović – the Đakovo revolt in the nahia of Smederevo; in 1826, the revolt of Đorđe Čarapić in the Belgrade nahia.

52 D. Janković, *150 godina*, 17.

53 This is almost unequivocally confirmed by Gavrilović, convinced that Miloš understood that „this issue has erupted in public, and that it has matured so much in a few years it has to be removed from the agenda in the near future", M. Gavrilović, (1926), 202.

„прво, да ослободи земљу; затим, да заведе самосталну националну управу", као и да је јасно да је „наследност кнежевског достојанства (коју је изборио у Хатишерифу, прим. С. А.) била у интересу наше народне самосталности".[50] Боа-ле-Конт је писао у Париз о Милошу: „Што се тиче задатка коме он тежи, према мојим разговорима с њиме и с људима који су око њега, у стању сам мислити да он не сматра да је постигао што жели. То неће бити ни онда кад буде успео да протера Турке из градова, него тек онда, ако буде у стању да обнови старо Српско Царство".[51] Коликогод претерано може изгледати ово запажање француског грофа, нема сумње да је у основи добро оценио основну Милошеву замисао да заснује независну српску државу. То је, на крају крајева, провејавало кроз многе његове наступе, па и у говору приликом усвајања Сретењског устава.[52]

При том је Милош имао свест (коју му је, по свој прилици развио врсни ерудита и дипломата Димитрије Давидовић), о томе колики је значај правних институција и правног утемељења за националну независност и државотворност. Доношење Устава је требало да буде први корак ка националном осамостаљењу, корак даље од Хатишерифа. О томе понајбоље сведоче одредбе с почетка Устава о грбу и застави („боји народној српској"),[53] као и оне о увођењу попечитеља војних и иностраних дела, што је у јасној супротности са Хатишерифом. Давидовић и Милош су добро препознали оно што се и данас препознаје као први корак у покушајима успостављања некакве државности *in spe*: прво се у уставне акте – звали се они баш устав, уставна повеља, декларација, можда статут, или нешто слично, уграђују елементи идентитета будуће државе. Настојање да се кроз Сретењски устав идеја државности додатно афирмише и кроз слободу у спољнополитичким односима, међу нашим писцима најаргуметнованије је изложио В. Стојанчевић.[54] Исто тако, он

50 С. Јовановић, (1931), 9; 19.

51 С. Новаковић, 40.

52 „Тек од године дана Србија је држава, а при заснивању државе, нарочито нове и младе, треба бити обазрив и не хитати много... За оснивање држава које данас у свету постоје требали су да протекну векови; па ипак и у њима има увек по нешто што треба додати ономе што постоји. Ни Србија не може ићи другим путовима; ова земља не може постати за годину дана потпуно уређена држава, у којој не би имало ништа више да се мења и дотерује, ништа више да се жели", Б. Куниберт, I, 382.

53 Глава друга, чл. 3 и 4.

54 В. Стојанчевић, „Државно-правни и национално-политички положај Србије према Сретењском уставу 1935", *Стваралаштво Димитрија Давидовића*, Земун 2009^{2}, 32. Да је Сретењски устав „сведочанство афирмације државности

then, to create an independent national administration", as well as to make it clear that „the inheritance of the princely dignity (for which he had fought and succesfully won in the Hatt-I sharif, comment by the author) was in the interest of our national independence."[54] Bois-le-Comte wrote to Paris about Miloš: „As far as the goal he strives for is concerned, according to my conversations with him and the people around him, I am inclined to think that he does not feel that he has achieved what he wants. That won't be the case even when he succeeds in expelling the Turks from the cities, but only if he is able to restore the old Serbian Empire".[55] No matter how exaggerating may this observation by the French count seem, there is no doubt that he correctly assessed the base of Miloš's idea to establish an independent Serbian state. After all, this had been a theme throughout many of his appearances, even in his speech when adopting the Constitution of Sretenje[56].

While doing so, Miloš was quite aware (an awarenes which had probably been developed by the excellent erudite and diplomat Dimitrije Davidović) of the importance of legal institutions and the legal basis for national independence and the formation of the state. The adoption of the Constitution was to be the first step towards national independence, one step further than the Hatt-I sharif. This is best evidenced by provisions found at the beginning of the Constitution, on the coat of arms and flag ("the Serbian national color"),[57] as well as those concerning the introduction of ministers of military and foreign affairs, which is clearly not in conformity with the Hatt-I sharif. Davidović and Miloš have aptly recognized what is still recognized today as the first step in trying to establish some kind of statehood *in spe*: firstly, in the constitutional acts – whether they are called a constitution, a constitutional decree, a declaration, or perhaps a statute, or something similar – the elements of the future state identity are to be incorporated. The most plausible explanation of the tendency to further affirm the idea of statehood through freedom in foreign policy relations in the Constitution of Sretenje, was given, among our writers, by V. Stojančević.[58] In the same way,

54 S. Jovanović (1931), 9; 19.

55 S. Novaković, 40.

56 „Serbia has been a state for only a year, and when founding a state, especially a new and young one, one should be careful and not rush much... Centuries had to pass for the establishment of states that exist in the world today; and yet there is always something in them that needs to be added to what exists. Serbia cannot walk a different path either; this country cannot become a fully organized state in a year, in which there would be nothing more to change and adjust, nothing more to be desired", B. Kunibert, I, 382.

57 II, art. 3 and 4.

58 B. Stojančević, „Državno-pravni i nacionalno-politički položaj Srbije prema Sretenjskom ustavu iz 1935", *Stvaralaštvo Dimitrija Davidovića*, Zemun 2009, 32. P. Nikolić also sensed that the Sretenje Constitution was „a testimony to the affirmation of the statehood of Serbia", „Srbija i njena ustavotvorna vlast", *Anali Pravnog fakulte-*

детаљно илуструје у коликој мери су ревидиране, кориговане или макар само прошириване одредбе из Хатишерифа: док Хатишериф гарантује аутономност „внутрењег правленија", Устав јасно говори о „независимом књажеству"; ту су норме о застави и грбу, које су „упадљиво" (рекли бисмо, чак провокативно) стављене међу прве чланове; Совјет добија атрибут „државни", чега у Хатишерифима нема; уводи право Србије да додељује „српско државно грађанство", као и да странцима признаје српско држављанство рођењем; уводи војну обавезу „на позив Правитељства за обрану отечества", при чему се тиме не само повећава бројност војске, него и њен карактер у односу на оно што је дозволио Хатишериф Милошу – да у својој служби може имати „нужно число војника", нешто попут гарде или војне жандармерије; да уместо непокретних чланова Совјета које може контролисати Порта, уведе у Устав њихову смењивост од Народне скупштине, као и да се уопште Народна скупштина предвиди као орган власти, коју предвиђају Хатишерифи само као консултативно традиционално тело,[55] итд. Све то је, несумњиво, одраз Милошеве јасне намере и жеље да гради независну државу, само још привремено под суверенитетом Порте, који би остао „без стварне моћи и извршне силе".

Због свега тога је, убрзо по повлачењу Устава, који је на снази био само шест недеља, руски барон Рикман дошао у Београд да упозори да се Србији „не може давати изглед државе". А Милош (односно нови кнежев секретар Јаков Живановић) је покушавао да објасни да и „најсиромашнији турски војвода и најмање европско село" имају грб и заставу (па чак и да у Србији „жене, кад на мобу иду, од марама барјаке праве").[56] Рекло би се да је управо тај моменат у овој „заразитељној конштитуцији", можда чак више него брига због могућег домино ефекта афирмисања личних слобода и права из француске конштитуције, представљао највећу провокацију не толико за Турску, него још више за Русију, која се некако у исто време суочавала са проблемом Пољске. Логика сизерена, ма ко то био, једноставно није

Србије" наслутио је и П. Николић, „Србија и њена уставотворна власт", *Анали Правноī факулшеша у Беоīраду* 5/1989, 567. Слично је и успутно запажање да су се у Србији „борба за државност и борба за уставност сливале у једну јединствену борбу", М. Јовичић, „Какве нам поруке упућује уставна историја Србије", *Анали Правноī факулшеша у Беоīраду* 5/1989, 562.

55 У погледу ових последњих одступања од Хатишерифа као мотив за њихово увођење се по правилу наводе Милошеви лични интереси, али се не би дало лако порећи да су та решења могла имати одређени значај и за установљавање националне самосталности.

56 Б. Куниберт, II, 27; М. Павловић, (2005), 268.

it illustrates in detail the extent to which the provisions of the Hatt-I sharif have been revised, corrected, or at least extended: while the Hatt-I sharif guarantees the autonomy of an „internal rule", the Constitution explicitly speaks of an „independent principality"; there we have the flag and coat of arms norms, which were „conspicuously" (we could even say provocatively) placed among the first articles; the Council is given the attribute „state", which is not found in the Hatt-I sharif; it introduces the right of Serbia to grant „Serbian nationality" as well as to recognize foreigners with Serbian citizenship by birth; it introduces a military obligation „at the invitation of the Government for the defense of the fatherland", which not only increases the numbers of the army, but also changes its character in comparison to what the Hatt-I sharif allowed Miloš – that in his service he may have a „necessary number of soldiers", something like guards or military gendarmerie; instead of the fixed members of the Council, who could be controlled by the Porte, it orders their substitutability by the National Assembly, and in general designates the National Assembly as an authority, envisaged by the Hatt-I sharifs only as a consultative traditional body[59], etc. All this is undoubtedly a reflection of Miloš's clear intention and desire to build an independent state, for but a short while still under the sovereignty of the Porte, which would thereafter remain „without real power and executive force."

Due to all of this, shortly after the withdrawal of the Constitution, which had been in force for only six weeks, Rickman, a Russian baron, came to Belgrade to warn that Serbia „cannot be allowed to appear as a state". And Miloš (that is, the Prince's new secretary, Jakov Živanović) was trying to explain that even „the poorest Turkish duke and the smallest European village" have a coat of arms and a flag (and even that in Serbia „women, when they go to work in the *moba*,[60] make flags out of their scarfs").[61] It could be argued that this very moment in this „contagious constitution", perhaps even more than worrying about the possible domino effect of affirming personal freedoms and rights from the French constitution, constituted the greatest provocation, not so much for Turkey, but for Russia, which faced the problem of Poland at the same time, as it

ta u Beogradu 5/1989, 567. It is a similar and incidental observation that in Serbia „the struggle for statehood and the struggle for constitutionality merged into one single struggle", M. Jovičić, „Kakve nam poruke upućuje ustavna istorija Srbije", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 5/1989, 562.

59 With regard to these final deviations from the Hatt-I sharif, Miloš's personal interests are usually cited as a motive for their introduction, but it would not be easy to deny that these solutions could have had a certain significance in the establishment of national independence.

60 A *moba* is a joint action of an entire community, in which people gather to complete a task such as harvesting; it is akin to barn raising, only more diverse (t/n).

61 B. Kunibert, II, 27; M. Pavlović (2005), 268.

хтела да дозволи самосталну уставну радњу једне вазалне творевине, као јасну клицу будуће државности.

А да је Милош искрено желео да у Устав угради политичке основе државне независности Србије, сведочи и низ других околности. Међу њима је поготово индикативно да су, упркос свим опоменама, пошто је именовао Живановића за новог кнежевог секретара, убрзо састављени нови уставни пројекти, у којима су сачувани неки од важних атрибута државне самосталности из оспореног Сретењског устава.

Осим тога, још пре тих „резервних" уставних пројеката, већ Указом о устројству Државног савета, који је Милош донео само десетак дана после обнародовања Сретењског устава, у време када је спољна реакција увелико била жестоко негативна, он провлачи још два важна елемента који комплетирају државност и независност Србије, супротно хатишерифима: у чл. 149. Совјету се даје међународноправни легитимитет да самостално и независно води „преговоре и преписке са страним правителствима", а у чл. 153. предвиђа коришћење српских пасоша као важећих докумената приликом путовања српских грађана.[57] Стиче се утисак не само да Милош свесно покушава да у правни оквир унесе што више елемената националног суверенитета, већ и да то чини пуног срца, искрено и убрзано, свестан да се налази не само у трци за спасавање Устава, него и у трци с временом (баш тог дана му долази изасланик Порте, Ибрахим Наби-ефендија с писмом руског посланика и реис-ефендије).

Али, када је видео да је ситуација безизлазна, поготово због руског противљења, Милош је морао да устукне и крајем марта 1835. године је дао писмено обећање да ће припремити нови устав. Милош је још увек веровао да можда Устав може донети сам, без страног мешања, што је очигледно жарко желео. А, није искључено да се осећао донекле и морално обавезним на то, како у својим сећањима сведочи његов нови секретар, Јаков Живановић. Наводно је Милош рекао да устав мора донети, јер је ту ствар „једанпут пред Народом признао и исповедио".[58]

Убрзо се појавио и алтернативни уставни пројекат донет хитно и по кратком поступку, већ у априлу 1835. године. Вероватно га је сачинио Стефан Радичевић, који је и дотле тесно сарађивао са Давидовићем.[59] Исто тако, одмах је формирана и нова уставна комисија коју

57 *Зборник Закона и уредаба у Књажевству Србији* 30, Београд 1877, 23–50.

58 Ј. Живановић, (1890), 64.

59 За тај уставни нацрт од 136 чланова (који се чува у Архиву Србије у Фонду Илије Гарашанина), Љ. Кандић каже да се не зна ко га је саставио нити из ког

turned out. The logic of a sovereign ruler, whoever it was, simply did not want to allow an independent constitutional action of a vassal creation, as a clear germ of the future statehood.

And many other circumstances testify to the fact that Miloš sincerely wanted to incorporate the political foundations of Serbia's state independence into the Constitution. Among them, it is particularly indicative that, despite all the admonitions, since he had appointed Živanović as the new Prince's secretary, new drafts of the Constitution were soon composed, preserving some of the important attributes of state independence from the disputed Sretenje Constitution.

Moreover, even before these „spare" drafts of the Constitution, already by the Decree on the Organization of the State Council, which had been passed by Miloš only ten days after the promulgation of the Sretenje Constitution, at a time when the external reaction was severely negative, he was pushing for two more important elements that completed the statehood and independence of Serbia, in contrast to the Hatt-I sharifs: in Art. 149, the Council is given international legal legitimacy to independently conduct „negotiations with foreign governments", and Art. 153. provides for the use of Serbian passports as valid documents when traveling for Serbian citizens.[62] It seems that not only does Miloš deliberately attempt to bring as many elements of national sovereignty into the legal framework, but also that he does so wholeheartedly, honestly and expeditiously, aware that he finds himself not only in the race to save the Constitution, but also in a race against time (on that very day, a delegate from the Porte, Ibrahim Nabi-effendi, arrives with a letter from a Russian emissary and a reis-effendi).

But when he saw that the situation was hopeless, especially because of the Russian opposition, Miloš had to concede and at the end of March 1835, he made a written promise to prepare a new constitution. Miloš still believed that perhaps he could pass the Constitution by himself, without foreign interference, which he obviously fervently desired. And it is possible that he felt somewhat morally obliged to do so, as his new secretary, Jakov Živanović, testifies in his memoires. Miloš allegedly said that the Constitution had to be passed because he had once „confessed" the matter before the people.[63]

An alternative draft of the Constitution quickly came by, adopted urgently and by a short procedure, as early as April 1835. It was probably made by Stefan Radičević, who was still working closely with Davidović.[64]

62 *Zbornik Zakona i uredaba u Knjaževstvu Srbiji 30*, Belgrade 1877, 23–50.

63 J. Živanović, (1890), 64.

64 For that constitutional draft of 136 articles (which is kept in the Archives of Serbia, in the Ilija Garašanin Fund), Lj. Kandić says that it is not known who compiled it or

је, уз Живановића и Радичевића као секретара („перводитеља"), чинило неколико угледних људи. Она је такође у кратком року направила нацрт (који Љушић назива „кнежевим"[60]), али он није разматран док није дошао руски конзул Рикман. Но, Рикман је био против свих оних одредаба које су истицале државност Србије.[61] Пројекат (сачињен уз помоћ већ смењеног Давидовића, који је овде саставио само главу о Скупштини) поново је садржао елементе политичке независности. Био је послат у Русију, која је и њега одбацила. Наместо тога, Русија је септембра 1836. године Милошу доставила свој „базис" уређења, с јасном идејом да од устава нема ништа, уз поруку Милошу да ће се кајати ако не прихвати руски предлог.[62] Тај „базис" је Милош храбро, чак дрско одбацио, баш због тога што у њему недостају одредбе о „определенију" (дефиницији) Србије (из Главе 1 Сретењског устава), као и о грбу и барјаку (из Главе 2).[63] Његова одлучна изјава: „оћемо устава, и онда и сад, али са оним тачкама, а без њи нећемо ни сад ни онда" (за шта је Рикман рекао Герману да такво писмо никада није добио у својој политичкој каријери), добар су доказ његовог правог и истинитог опредељења за Устав, односно непоколебљивог опредељења за главне тачке у којима се афирмише државност и самосталност Србије.[64]

Пошто је руски предлог тако енергично био одбачен, Милош је покушавао да реши уставно питање и наредне 1837. године, сада већ уз мешање енглеског конзула Хоџеса, а потом је формирана и једна комисија која је покушала да припреми нацрт устава на основу

месеца те године потиче, истичући да у њему има сличности, као и разлика у односу на Сретењски устав, Љ. Кандић, *150 година*, 39; иста, *Анали Правног факултета у Београду* 5–6/1972, 775. Међутим, Љушић га недвосмислено атрибуира Стефану Радичевићу, Р. Љушић, (1986), 152. Мада је остало доста нејасних ствари у вези с тим текстом, Д. Поповић, (1996), 106 више нема дилема и зове га „Радичевићев пројекат". Уосталом, Радичевић је био укључен у све претходне послове око Устава, тесно је сарађивао са Давидовићем све време његове припреме, да би на крају баш он прочитао Сретењски устав на Народној скупштини. Рекло би се да овај нацрт умногоме следи Сретењски устав – од обима, распореда материје, до бројних конкретних решења.

60 Р. Љушић, (1986), 151 је имао увид у овај нацрт од 102 члана (наспрам 142 члана у Сретењском), који се налази у Архиву Министарства спољних послова Русије.

61 Н. Попов, I, 298–299.

62 Б. Куниберт, II, 84; Н. Попов, I, 316 казује да је то била „хартија без датума, без подписа, без печата, на француском језику, под именом ‘базис' за Српски устав", а потом саопштава текст „базиса" и коментарише га.

63 Н. Попов, I, 320; вид. и М. Павловић, (2005), 269; Р. Љушић, (1986), 157.

64 Више вид. Р. Љушић, *ibid.*

Likewise, a new constitutional commission was formed immediately, which, with Živanović and Radičević as secretaries („facilitators"), consisted of several prominent people. It also made a draft in a short time (which Lušić called „the Prince's"),[65] but it was not put up for consideration until Russian Consul Rickman arrived. Still, Rickman was against all of those provisions that emphasized Serbia's[66] statehood. The project (made with the help of the already ousted Davidović, who only put together a chapter on the Assembly) once again contained elements of political independence. It was sent to Russia, that rejected it, just as the previous one. Instead, in September 1836, Russia provided Miloš with a „basis" of regulation, with the clear idea that the Constitution will come to nothing, and a message to Miloš that he would repent if he did not accept the Russian proposal.[67] This „basis" was bravely, impertinently, even, rejected by Miloš, precisely because it lacked provisions on the „definition" of Serbia (from Chapter 1 of the Constitution of Sretenje), as well as on the coat of arms and flag (from Chapter 2).[68] His decisive statement: „We want a constitution, then as well as now, but with those points, and without them we want it neither now nor then" (for which Rickman told German that he had never received such a letter in all his political career) is good evidence of his true orientation towards the Constitution, i.e. an unwavering commitment to the main points in which the statehood and independence of Serbia are affirmed.[69]

With the Russian proposal so vigorously rejected, Miloš sought to resolve the constitutional issue in 1837 as well, now with the intervention of the English consul Hodges, and then a commission was formed that tried

from what month of that year it originates, emphasizing that there are similarities in it, as well as differences in relation to the Sretenje Constitution, Lj. Kandić, 150, 39; the same, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 5–6/ 1972, 775. However, Ljušić unequivocally attributes it to Stefan Radičević, R. Ljušić, (1986), 152. Although many things in connection to that text remain unclear, D. Popović (1996), 106 no longer has dilemmas and calls it „Radičević's project". After all, Radičević was involved in all previous affairs concerning the Constitution, worked closely with Davidović throughout its preparation, and in the end it was him who read the Constitution of Sretenje at the National Assembly. It could be said that this draft largely follows the Sretenje Constitution – from the scope and distribution of matter, to many concrete solutions.

65 R. Ljušić, (1986), 151 personally examined this draft of 102 articles (as opposed to 142 articles in Sretenje), which is in the Archives of the Ministry of Foreign Affairs of Russia.

66 N. Popović, I, 298–299.

67 B.Kunibert, II, 84; Popov, I, 316 says that it was „a paper without a date, without a signature, without a stamp, in French, under the name of „basis" for the Serbian Constitution", and then he presents the text of the „basis" and comments on it.

68 N. Popović, I, 320; see M. Pavlović, (2005), 269; R. Ljušić, (1986), 157.

69 More in R. Ljušić, *ibid*.

„базиса", што се никако није могло ускладити са Милошевим жељама. Убрзо потом, почетком 1838. године, формирао је још једну, знатно ширу, врло ауторитативну екипу уставописаца, у којој је учествовао и Јован Хаџић, па се по њему овај пројекат често и назива због његовог утицаја на рад комисије. Уз Хаџића су у комисији били Јеврем Обреновић, Матија Ненадовић, Лазар Теодоровић, Цветко Рајовић, Стефан Радичевић, Јаков Живановић и Василије Лазаревић, али Димитрија Давидовића више нема.[65] Међутим, због спорова који су букнули зарад Хаџићевог сврставања уз опозицију и настојања да се власт значајније пренесе са кнеза на Савет, Милош је ову комисију распустио чим је добио нацрт. Због низа отворених питања која су се тада појавила, чини се да још увек има простора за истраживања у коликој је мери овај пројекат утицао на коначни облик Устава из 1838. године, који је Порта потом „подарила" Србији хатишерифом и коначно разрешила српска уставна превирања.[66]

Имајући у виду овако снажно изражен континуитет уставотворне активности пре и после Сретењског устава, као и да је важан, можда и најважнији сегмент неспоразума са Русијом (а преко ње и са Турском) био везан управо за оне уставне елементе који одређују државност Србије, неминовно се намеће утисак не само да је Милош желео доношење Устава, него и да није био руковођен искључиво личним мотивима (мада су и они несумњиво играли важну улогу). Он је Стерењски устав видео и као важан инструмент установљавања српске државне самосталности, па је зато снажно настојао да га одржи у животу.

4. СТЕРЕОТИП О ДИМИТРИЈУ ДАВИДОВИЋУ – ПРЕЦИЗНО УТВРЂИВАЊЕ ОЧИНСТВА

Незаобилазна реченица у свим тектовима о Сретењском уставу је његово потпуно атрибуирање Димитрију Давидовићу. Та неспорна чињеница јасно произлази и из низа претходно наведених констата-

65 Р. Љушић, (1986), 160. Вид. и Љ. Кандић, „Русија и уставни развој Србије у првој половини XIX века до 1839", *Анали Правног факултета у Београду* 1–3/1972, 289.

66 Слободан Јовановић сматра да су у том уставу превагу однеле идеје уставобранитеља. Али, и сам Хаџић је изражавао незадовољство исходом, „јер многе одредбе из његовог пројекта нису узете, а и оне које јесу добиле су други смисао". При том, сматра Љ. Кандић, Хаџићев пројекат још увек настоји да Србију третира као независну државну творевину везану за Порту само преко личности владара, док се у коначном уставном решењу Србија третира као аутономна покрајина Турске, Љ. Кандић, *ibid*., 292.

to prepare a draft of the constitution based on the „basis", which could not be reconciled with Miloš's wishes. Shortly afterwards, at the beginning of 1838, he formed another, much broader, highly authoritative team of constitutionalists, including Jovan Hadžić, by whom this project is often called because of his influence on the work of the commission. In addition to Hadžić, members of the commission were Jevrem Obrenović, Matija Nenadović, Lazar Teodorović, Cvetko Rajović, Stefan Radičević, Jakov Živanović and Vasilije Lazarević, but Dimitrije Davidović was gone.[70] However, due to disputes that erupted over Hadžić's alignment with the opposition and efforts to transfer the power from the Prince to the Council in a much higher degree, Miloš disbanded this commission as soon as he received the draft. Due to many open questions that have arisen at the time, it seems that there is still room to explore the extent to which this project affected the final form of the 1838 Constitution, which the Porte then „granted" to Serbia through a Hatt-i sharif, finally resolving the Serbian constitutional turmoil.[71]

Keeping in mind the strong continuity of constitutional activity before and after the Sretenje Constitution, as well as that an important, perhaps the most important, segment of misunderstanding with Russia (and through it with Turkey), was related to those constitutional elements that determined the statehood of Serbia – inevitably, the impression is not only that Miloš wanted the adoption of the Constitution, but also that he was not guided solely by personal motives (though they undoubtedly played an important role). He also saw the Sretenje Constitution as a significant instrument for establishing Serbian state independence, and therefore he tried hard to keep it alive.

4. THE STEREOTYPE OF DIMITRIJE DAVIDOVIĆ – PRECISE DETERMINATION OF PATERNITY

An indispensable sentence in all the texts on the Sretenje Constitution is its complete attribution to Dimitrije Davidović. This incontestable fact also clearly follows from a number of foregoing statements and is far

70 R. Ljušić, (1986), 160. See Lj.Kandić, „Rusija i ustavni razvoj Srbije u prvoj polovini XIX veka do 1839", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–3/ 1972, 289

71 S. Jovanović believes that the ideas of the ombudsman prevailed in the constitution. However, Hadžić himself expressed dissatisfaction with the outcome, „because many provisions from his project were not implemented, and those that were have been given a different meaning." At the same time, according to Lj. Kandić, Hadžić's project still seeks to treat Serbia as an independent state creation related to the Porte only through the personality of the ruler, while in the final constitutional solution, Serbia is treated as an autonomous province of Turkey, Lj. Kandić, *ibid*., 292.

ција и далеко је од тога да се на било који начин она може спорити. Ипак, постоје неке околности које би једино могле ставити под лупу степен Давидовићевог доприноса, мада је несумњиво био огроман. Не у смислу да се он негира, већ с циљем да се покуша утврдити да ли је Устав у потпуности и до свих детаља његово дело. Корисно би било спознати у којој мери је Давидовић усвајао мишљења људи који су у време састављања устава били око њега,[67] а пре свега колики је утицај на поједина уставна решења имао Милошев став. Дакле, једном речју, не спорећи пресудни значај Димитрија Давидовића, стално имајући на уму његов истакнути положај и утицај (због чега га је Копитар називао књажевим „великим везиром“, па и његовим Метернихом), било би ипак важно да се детаљније него што се то до сада чинило сагледа и утицај других, а пре свега самог Милоша на изглед и садржину Устава.

Најважније чини се питање у коликој је мери Милош непосредно утицао на Устав. Може ли се веровати да су одредбе о правима Србина унете мимо Милошеве воље? Може ли се помислити да се Милош није сагласио да се у Устав упишу деликатне норме с далекосежним политичким последицама, које утврђују државност и независност Србије уз одступање од Хатишерифа? Да ли је Давидовић „злоупотребио Кнежево поверење“, како наивно и пристрасно верује Куниберт?[68] Милошево познато опомињање Давидовића да води рачуна шта пише у Уставу (кроз речи цитиране на различите начине), само на први поглед може навести на погрешан траг – да је књаз све препустио Давидовићу. Чувена реченица која почиње са „пази, кумашине...“, у било којој верзији да се чита, изражава не резерву или неслагање у односу на садржину, пре свега баш тих најделикатнијих одредби, него открива скоро недвосмислено саглашавање, али уз позивање на опрез и промишљање могућих последица. Милош је очигледно био свестан значаја целокупног уставног подухвата, пратио је финалну фазу његове припреме и свакако се морала обезбедити његова сагласност у погледу коначне редакције. Ипак је Милош био тај који на крају о свему одлучује, а с обзиром на његову пословичну оштроумност и политички инстинкт, Давидовић није могао баш да му тако лако „подметне“ оно што он није желео. Дакако, самом Милошу ће касније добро доћи да сву кривицу за „екстремизам“ и револуционарност Устава свали на Давидовића, па и да га смени, али то није био ни први ни последњи пут да се такве ствари дешавају у

67 Ј. Живановић, (1890), 23, 62, према чијим речима „ником није забрањено било своја примечанија чинити“. Вид. и Р. Љушић, (1986), 132.

68 Б. Куниберт, I, 400.

from being in any way disputable. There are, however, some circumstances that might put the extent of Davidović's contribution under assessment, though it was undoubtedly enormous. Not in the sense of denying his contribution, but with the aim of trying to determine whether the Constitution is fully and in all detail his own work. It would be useful to find out to which extent had Davidović adopted the opinions of the people who were around him[72] at the time of drafting the constitution, and above all the influence of Miloš's opinion on certain constitutional decisions. So, in a word, without disputing the crucial importance of Dimitrije Davidović, constantly bearing in mind his prominent position and influence (which is why Kopitar called him the Prince's „grand vizier", and even his „Metternich"), it would still be important to observe the influence of others in a more diligent manner than it has been done so far, and above all the influence of Miloš himself, on the appearance and content of the Constitution.

Most importantly, the question is to what extent did Miloš directly influence the Constitution. Is it possible to believe that the provisions on the rights of the Serbs were introduced independently of Miloš's will? Is it possible to think that Miloš did not give his approval for including delicate norms with far-reaching political consequences in the Constitution, which determine the statehood and independence of Serbia, deviating from the Hatt-I sharif? Did Davidović „abuse the Prince's trust", as Kunibert[73] naively and biasly believes? Miloš's famous reprimand to Davidović to carefully consider what he is writing in the Constitution (through words quoted in various ways) only at first glance leads us to the wrong conclusion – that the Prince had left everything to Davidović. The famous sentence that begins with „watch out, *kumašine*...", read in any version, expresses no reservation or disagreement with regard to the content, above all those most delicate provisions, but reveals almost unambiguous agreement, however with an invocation to caution and deliberation of the possible consequences. Miloš was clearly aware of the importance of the entire constitutional endeavor, as he followed the final stage of its preparation, and his assent certainly had to be secured regarding the final review. However, it was Miloš who ultimately decided everything, and given his proverbial wit and political instinct, Davidović could not quite so easily „plant" content that he did not want. Of course, Miloš himself would later find it conducive to transfer all the blame for „extremism" and revolutionism of the Constitution on Davidović, and to dismiss him, but this was not the first nor would it be the last time that such things happened in

72 J. Živanović, (1890), 23, 62, according to whose words „no one was forbidden from making their own remarks". See R. Ljušić, (1986), 132.

73 B. Kunibert, I, 400.

политици. Уосталом, покушај спасавања Устава и сва дешавања после смене Давидовића, јасно откривају какве су биле стварне Милошеве намере и жеље. Због свега тога, можда је ипак умесније говорити о Давидовићевом и Милошевом Уставу?

Ниједан правни акт, чак ни обичан закон, по правилу није плод умних и стручних настојања само једног човека, једног законописца, а поготово то није случај када се ствара устав или кодификација. Нити је Трибонијан главни „кривац" за сва решења која су на крају унета у Дигеста,[69] нити су Порталис, Биго, Тронше и Малвил имали коначну реч приликом доношења Француског грађанског законика, нити је Јован Ристић стајао иза свих одредби Намесничког устава и тако редом. Дакако, појединац или група састављача у којој често једна личност има највећи ауторитет, дају главни печат подухвату, али је финални изглед правног акта ретко само његова творевина. Стога увек остаје отворено питање које треба истражити: какав су утицај на најодговорнијег појединца – непосредног састављача правног акта, могли имати други зналци и друштвено утицајни људи из окружења, а нарочито какав су однос према том акту имали кључни носиоци власти, односно они чија је реч пресудна.

Из тих разлога, чини се да би чешће ваљало размишљати и анализирати каква је била Милошева улога у прихватању сваког појединог (или групе) решења и због чега се са њима саглашавао. У литератури се често чак говори да је Устав био октроисан, што само по себи додатно имплицира и непосреднији утицај владара на садржину устава.[70] А да се Милош трудио да провери Давидовићеве ставове и да се није безрезервно препустио само његовом вођењу, најдиректније сведоче поменута писма грофа Боа ле Конта. На основу њих се чак може отворити и питање није ли и сам Милош желео модеран устав по европским узорима. Можда је на добром трагу био и Куниберт када је рекао да је Аустрија била свесна да је српски устав био „тек тренутни оброчни зачин", али да се могло „оправдано сумњати

69 Вид. нарочито занимљиве покушаје реконструкције законодавне радње и договора састављача Дигеста на византијском двору приликом њиховог доношења, што је, додуше прилично слободно, покушао да прикаже Д. Пагзли, D. Pugsley, *Justinian's Digest and the Compilers*, I-III, Tiverton Davon 1995–2007. Колико год да је та његова конструкција слободна, она свакако рефлектује чињеницу да приликом стварања основних правних текстова често до изражаја долази сплет најразличитијих околности, некада чак и бизарних. На то, уосталом, најјасније указује А. Вотсон, *Правни трансплантии,* Београд 2000, 145.

70 J. Продановић, (1936), 44. На томе да је устав „подарен" народу у новијој литератури најјасније инсистира Д. Поповић, (1996), 82–83, додајући да је текст Устава припреман „под Милошевим будним оком", а још експлицитније у Д. Поповић, (2004), 73–74. Слично и Р. Љушић, (1986), 142.

politics. After all, the attempt to save the Constitution and all the events following the dismissal of Davidović clearly reveal what Miloš's true intentions and desires were. Therefore, perhaps it is more appropriate to talk about Davidović's and Miloš's Constitution?

No legal act, not even an ordinary law, is, as a rule, the product of the intelligent and professional endeavors of only one man, one law-maker, and this is especially not the case when creating a constitution or a codification. Neither was Tribonian the main „culprit" for all the decisions that were eventually implemented into the Digest,[74] nor did Portalis, Bigeau, Tronche and Malville have the final say in enacting the French Civil Code, nor did Jovan Ristić stand behind all the provisions of the Regency Constitution and so on. Of course, an individual or a group of drafters, in which often one person has the highest authority, give the main stamp to the project, but the final appearance of a legal act is rarely the creation of only one person. Therefore, there is always this open question to be explored: what impact could other experts and socially influential people from the environment have had on the most responsible individual – the immediate compiler of a legal act, and, most importantly, how did the key holders of power, i.e. those whose word is crucial, see and treat this act.

For these reasons, it seems better to think about and analyze the nature of Miloš's role in accepting each (or a group) of the solutions and why he agreed to them. The literature even states, and often, that the Constitution was octroyed, which in itself further implies a more direct influence of the ruler on the content of the constitution.[75] And that Miloš struggled to verify Davidović's views and did not unreservedly accept his guidance, the aforementioned letters of Count Bois-le-Comte directly testify to. Based on these, the question may even be raised whether Miloš himself wanted a modern constitution by European standards. Kunibert may have been on the right track when he said that Austria was aware that the Serbian constitution was „just a spice of the moment", but that one could „harbor

74 See the especially interesting attempts to reconstruct the legislative work and the agreement of the compilers of the Digest at the Byzantine court during its enactment, which, although quite freely, D. Pugsley tried to display, *Justinian's Digest and the Compilers*, I–III, Tiverton Davon 1995–2007. As free as this construction of his is, it certainly reflects the fact that when creating basic legal texts, a combination of various circumstances, sometimes even bizarre ones, often come to the fore. This, after all, is most clearly indicated by A. Watson, *Pravni transplanti*, Beograd 2000, 145.

75 J. Prodanović, (1936), 44. In more recent literature, D. Popović insists on the fact that the constitution was „given" to the people, (1996), 82–83, adding that the text of the Constitution was prepared „under Miloš's watchful eye", and even more explicitly in D.Popović, (2004), 73–74. Similarly, R. Ljušić, (1986), 142.

у скривену намеру да се на тај начин изазове љубав и дивљење за ову малу земљу код свих осталих словенских народности“.[71]

Чини се да је стереотип о Давидовићу као главном творцу устава најбоље померио Д. Поповић, указујући на „два слоја“ у Сретењском уставу: први има за окосницу организацију власти, што је погодовало Милошу и на чему је он свакако инсистирао, док други представљају „додаци, преливи и украси који потичу од Давидовића“.[72] Устав је несумњиво носио Давидовићев печат, али су склоп власти, а вероватно и друга кључна решења, били онакави какви су одговарали Милошу. Због тога би, тема прецизног и потпуног утврђивања „очинства“ овог устава свакако заврeђивала даља истраживања, укључујући и покушаје препознавања ауторског додира других тада утицајних интелектуалаца – на пример, Стефана Радичевића. На њега првог пада „сумња“, јер је био велики пријатељ Давидовићев, одличан зналац упоредног уставног права, који је касније саставио и један пројекат устава „српске Војводовине“,[73] а при том је, како сагласно извештавају сви извори, активно учествовао у припреми Сретењског устава, лично прочитао његов текст на Скупштини, да би затим био и један од главних носилаца континуитета уставних настојања.

5. СТЕРЕОТИП О ФРАНЦУСКИМ УТИЦАЈИМА – БРОЈНИ ПОКЛОНИ ОД РОЂАКА ИЗ ИНОСТРАНСТВА

Међу факторима који профилишу настанак једног правног акта су свакако и струјања из других правних система. Тако се за Сретењски устав везује стереотип о француским утицајима. Могуће је да је он изворно настао због тога што су тајне службе Аустрије, Русије и Турске прецениле значај Милошевог сусрета са Боа-ле-Контом, који је по свему судећи био француски обавештајац, а још више због заиста упадљиве сличности Главе о правима Србина са француским декларацијама о правима човека и грађанина. Још од Бутењевљеве оцене о томе да је Сретењски устав слика „француско-швајцарске конштитуције“, усталило се схватање да је Давидовић био под упливом иностраних уставних решења, пре свега француских. Француски

71 Б. Куниберт, II, 20.

72 Д. Поповић, (1996), 99. Слично и Д. Поповић, (2004), 76.

73 Љ. Кркљуш, *Пројекти устава за Војводовину Србију настали у току српског народног покрета 1848–1849*, Нови Сад 2006, 105; иста, „Проект Устава за Војводовину србску Стефана Радичевића“, *Анали Правног факултета у Београду* 4/1989, 393.

reasonable suspicions that the hidden intention was to arouse love and admiration for this little country in all other Slavic nationalities".[76]

The stereotype of Davidović as the main creator of the constitution seems to have been best chastised by D. Popović, pointing to the „two layers" in the Sretenje Constitution: the first has as its backbone the organization of the government, which Miloš favored and which he certainly insisted on, while the latter represented „accessories, dressings and decorations originating from Davidović".[77] The Constitution undoubtedly bore Davidović's seal, but the organization of authorities, and probably other key solutions, were the ones that suited Miloš. Therefore, the topic of a precise and complete determination of the „paternity" of this constitution would certainly merit further research, including attempts to identify the authorial touch of other influential intellectuals at the time – for example, Stefan Radičević. He is the first „suspect" because he was a great friend of Davidović, an excellent connoisseur of comparative constitutional law, who later created a draft of the constitution for „Serbian Vojvodovina",[78] and, according to all sources, actively participated in the preparation of the Sretenje Constitution, as well as personally read its text at the Assembly, making him one of the main bearers of continuity of the constitutional efforts.

5. THE STEREOTYPE OF THE FRENCH INFLUENCES – NUMEROUS PRESENTS FROM RELATIVES ABROAD

Among the factors that shape the emergence of one legal act are certainly the tides from other legal systems. Thus, the stereotype of the French influence is tied to the Constitution of Sretenje. It is possible that its origins lie in the fact that the secret services of Austria, Russia and Turkey overestimated the importance of Miloš' encounter with Bois-le-Comte, who seemed to be a French intelligence officer, and even more so because of the really striking similarity of the Chapter on the rights of the Serbs with the French declarations of human and civil rights. Ever since Butenev's assessment of the Sretenje Constitution as an image of the „Franco-Swiss constitution", it has been settled that Davidović was under the influence of foreign constitutional solutions, above all French ones. The French writer Cyprien Robert, whose critically-intoned work directly

76 B. Kunibert, II, 20.

77 D. Popović, (1996), 99. Similarly D. Popović, (2004), 76.

78 Lj. Krkljuš, *Projekti ustava za Vojvodovinu Srbiju nastali u toku srpskog narodnog pokreta 1848–1849*, Novi Sad 2006, 105; the same, „Proekt Ustava za Vojvodovinu srbsku Stefana Radičevića", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4/1989, 393.

писац Ципријан Робер (*Cyprien Robert*), чије је критички интонирано дело непосредно испровоцирало Кунибертову промилошевску интерпретацију догађаја у Србији, лансирао је крилатицу да је овај Устав „француски расад у турској шуми“.[74] Та фраза је касније постала опште место у литератури. Слободан Јовановић је такође сматрао да је Глава 11 *Оӣштенародна ӣрава Србина* рефлекс Декларације о правима човека и грађанина и да Устав има „спољашњи облик француских конституција“, али је ипак истицао да су основу Устава чинили хатишерифи.[75] Француски утицај препознаје и Јовичић,[76] али негира швајцарски (као и Продановић[77]), указујући при том нарочито и на зрачења белгијске уставности (1831).[78] Васа Чубриловић у Сретењском уставу такође види француски, али и белгијски одсјај, док Марко Павловић сматра да је у њега унето чак и неколико одредаба Наполеоновог кодекса.[79]

У погледу дубине утемељености на француским основама, корисно је сетити се сведочанства Лазара Зубана, „секретара врховног суда“, како га назива Нил Попов, члана прве комисије која је требало да припрема устав, а коју је Милош формирао још 1830. године. Зубан је касније сведочио Ј. Хаџићу: „Ми онда тек по чувењу прихватимо француске законе и почнемо их преводити, а нисмо знали у чему је њихно савршенство, и да ли су они сагасни са обичајима нашега народа. Ми смо само слушали да су *најслободнији* француски закони“, а потом каже и да су им муке задавале „све иностране не немачке речи“.[80] Све у свему, очигледно је Давидовић био тај који је форсирао рецепцију француског права, јер је „волео француске мисли“

74 C. Robert, *Les Slaves de Turquie – Serbes, Montenégrines, Bosniaques, Albanais et Bulgares*, I-II, Paris 1844. Већ и сам Куниберт, I 398 користи ту фигуру, слажући се с њоме. Иначе, на Роберову књигу је реаговао, поред Куниберта, и кнез Михаило својом књигом која је објављена у Паризу 1850. године, а и Јаков Живановић, мада је његов текст објављен тек 1890. године, нав. према Д. Батаковић, „Бартоломео Куниберт“, поговор, Б. Куниберт, II, 325.

75 С. Јовановић, „Наше уставно питање и XIX веку“, *Политичке и правне расправе I*, Београд 1932, 10 (Сабрана дела II, Београд 1990, 17), а М. Поповић, *Борба за парламентарни режим у* Србији, Београд 1936, 16 безрезервно тврди да је Устав рађен искључиво по угледу на „француску конституцију“. Преглед различитих схватања о пореклу Устава вид. и код Љ. Кандић, „Устав од 1835“, *Архив за правне и друштвене науке* 1–2/1960, 137–138.

76 Нарочито указујући на Уставне повеље из 1814. и 1830. године, М. Јовичић, *150 година*, 85.

77 Ј. Продановић, (1947), 72.

78 М. Јовичић, *150 година*, 103–104.

79 В. Чубриловић, *Историја политичке мисли у Србији XIX века*, Београд 1982, 112; М. Павловић, *Правна европеизација Србије*, Крагујевац 2008, 49.

80 Н. Попов, I, 259.

provoked Kunibert's pro-Miloš interpretation of the events in Serbia, has launched the saying that this Constitution was a „French seedling in a Turkish forest".[79] That phrase later became a commonplace in literature. Slobodan Jovanović also viewed Chapter 11 of the *National rights of a Serb*[80] as a reflection of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, stating that the Constitution had an „external form of French constitutions", but nevertheless emphasized the fact that the Constitution was rooted in the Hatt-I sharifs.[81] The French influence is also recognized by Jovičić,[82] even though he denies the Swiss influence (as well as Prodanović),[83] pointing in particular to the radiations of Belgian constitutionality (1831).[84] Vasa Čubrilović also sees the French and Belgian reflection in the Sretenje Constitution, while Marko Pavlović believes that even several provisions of the Napoleonic Code[85] have been inserted into it.

When considering how deep this French base went, it is useful to remember the testimony of Lazar Zuban, the „secretary of the supreme court", as Nil Popov addresses him, a member of the first commission that was supposed to prepare the Constitution, which Miloš had formed in 1830. Zuban later testified to J. Hadžić: „It was only for their reputation that we then accepted the French laws and started translating them, without knowing wherein their perfection lied, and whether they were in conformity with the customs of our people. We just heard that the French laws were *the most liberal*", and then he says that they were troubled by „all the foreign, non-German words".[86] All in all, Davidović was obviously the one who forced the reception of the French law because he „loved French thoughts" and praised

79 C. Robert, *Les Slaves de Turquie – Serbes, Montenégrines, Bosniaques, Albanais et Bulgares*, I–II, Paris 1844. Kunibert himself, I 398, uses this figure, agreeing with it. Besides Kunibert, Prince Mihailo also reacted to Robert's book, with his book that was published in Paris in 1850, and Jakov Živanović, although his text was published only in 1890, according to D. Bataković, „Bartolomeo Kunibert", afterword, B. Kunibert, II, 325.

80 „*Opštenarodna prava Srbina*" in original (t/n).

81 S. Jovanović, „Naše ustavno pitanje u XIX veku", *Političke i pravne rasprave I*, Beograd 1932, 10 (Collected Works II, Beograd 1990, 17), and M. Popović, *Borba za parlamentarni režim u Srbiji*, Beograd 1936, 16 unreservedly claims that the Constitution was made exclusively in the image of the „French constitution". For an overview of different understandings of the origin of the Constitution, see Lj. Kandić, „Ustav od 1835", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–2/1960, 137–138.

82 Especially pointing to the Constitutional Charters of 1814 and 1830, M. Jovičić, *150 godina*, 85.

83 J. Prodanović (1947), 72.

84 M. Jovičić, *150 godina*, 103–104.

85 V. Čubrilović, *Istorija političke misli u Srbiji XIX veka*, Beograd 1982,112; M. Pavlović, *Pravna evropeizacija Srbije*, Kragujevac, 2008, 49.

86 N. Popov, I, 259.

и хвалио „кодекс Наполеонов“, док су готово сви други „предлагали аустријске законе“. Стога је вероватно баш он одлучујуће утицао и на то да се као подлога за први пројекат српског грађанског законика узме француски *Code civil* (Захаријадесов неуспешни преводилачки подухват), а не на аустријски законик. Другим речима, франкофон и франкофил Давидовић је био један од ретких Срба који је био склон прихватању француских пелцера (и при том имао снажан утицај), док је уски круг образованих Срба око њега нагињао ка узорима с немачког говорног подручја.

С друге стране, мањи број аутора негира страни утицај. Радош Љушић иде најдаље и сматра да Давидовић није имао пред собом ни један други устав.[81] Ту донекле спада Јаша Продановић, који вели да чак и одредбе о правима Срба нису резултат „каквог идеалистичког умовања које је унесено из иностранства, него их је изнедрила домаћа српска невоља и зло искуство“ и критички оцењује да Устав „није ни републикански ни револуционаран, него олигархијски“.[82] Љубица Кандић, као и Продановић, верује да је највећи број одредаба домаћег порекла, па чак и оне о грађанским правима.[83]

Ипак, баш је Продановић међу првима понудио упоредноправну анализу Сретењског устава у односу на дотадашње уставе у свету. Он налази да је сличност највећа са уставом немачке државе Виртемберг из 1819. године,[84] а тек у појединостима са португалским – по питању саветничке (министарске) одговорности,[85] као и са шведским –

81 Р. Љушић, 150 година, 212, али тиме он у ствари не негира постојање било каквог иностраног утицаја, вид. Р. Љушић, КС, 143: ту он говори да се Устав неспорно оснивао на Хатишерифу и Берату из 1830. године, а да су остале идеје у Уставу двојаког порекла: неке су прихваћене са стране, док су друге плод унутрашњих потреба. Но, при том истиче само значај идејног утицаја грофа Боа ле Конта на Давидовића, закључујући да највећи део одредаба има домаће порекло.

82 Ј. Продановић, *Историја политичких странака и струја у Србији*, I, Београд 1947, 73–74.

83 Љ. Кандић, „Прилог проучавању уставног развитка Србије 1835–1842“, *Архив за правне и друштвене науке* 1–2/1970, 130.

84 *Ibid.*, 77.

85 На први поглед би могло деловати необично да је Давидовић уопште обраћао пажњу на далека португалска решења, али је занимљив аналитички податак изнет у једном тексту о писању *Новина србских*, М. Недељковић, „'Новине србске' Димитрија Давидовића о другим земљама и народима“, *Стваралаштво Димитрија Давидовића*, Београд 2009, 147. Према тој анализи, у рубрици „Иностране вести“ *Новина србских* највише пажње се поклањало Турској и Русији, а следеће две земље о којима се најинтензивније писало су биле Шпанија и Португалија! Давидовић је очигледно будно мотрио на дешавања у овим земљама и на њихове тадашње покушаје уређења државе на основама парламентарне

the „Napoleonic Code", while almost everyone else „proposed Austrian laws". Therefore, his influence was probably decisive when it came to using the French *Code civil* (Zachariadis' unsuccessful translation venture) as the basis for the first draft of the Serbian Civil Code, and not the Austrian code. In other words, the francophone and francophile Davidović was one of the few Serbs who was inclined to accept French „cuttings" (and in doing so had a strong influence), while the narrow circle of educated Serbs around him tended to lean towards the German-speaking role models.

On the other hand, a smaller number of authors deny the foreign influence. Radoš Ljušić goes the farthest and believes that Davidović had no other constitution in front of him.[87] This includes Jaša Prodanović to a certain extent, who says that even the provisions on the rights of the Serbs are not a result of „some kind of idealistic thinking brought in from abroad, but rather instigated by domestic Serbian misery and bad experiences" and critically estimates that the Constitution „is neither Republican nor revolutionary, but rather oligarchic."[88] Ljubica Kandić, like Prodanović, believes that the greatest number of provisions is of domestic origin, even those about civil rights.[89]

Still, it was Prodanović who was among the first to offer a comparative analysis of the Constitution of Sretenje in relation to the then-existing constitutions in the world. He finds that there is greatest similarity to the constitution of the German state of Württemberg from 1819,[90] and only in certain points to the Portuguese – in terms of advisory (ministerial) responsibility,[91] as well as with the Swedish – regarding the guarantee of the immovability

87 R. Ljušić, *150 godina*, 212, but he does not in fact deny the existence of any foreign influence, see R. Ljušić, KS, 143: here he says that the Constitution was indisputably based on the Hatt-I sharif and Berat from 1830, and that other ideas in the Constitution have two origins: some were accepted from the outside, while others were the fruit of internal needs. However, he emphasizes only the importance of the ideological influence of Count Bois-le-Comte on Davidović, concluding that most of the provisions have a domestic origin.

88 J. Prodanovic, *Istorija političkih stranaka i struja u Srbiji*, I, Beograd, 1947, 73–74.

89 Lj. Kandić „Prilog proučavanju ustavnog poretka Srbije 1835–1842", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1–2/1970, 130.

90 Ibid., 77.

91 At first glance, it might seem unusual that Davidović paid attention to distant Portuguese solutions at all, but an interesting piece of analytical data was presented in one text about the writings of *Novine srbske*, M. Nedeljković, „'Novine srbske' Dimitrija Davidovića o drugim zemljama i narodima," *Stvaralaštvo Dimitrija Davidovića*, Beograd 2009, 147. According to this analysis, under the heading „Foreign news" of *Novine srbske* most attention was given to Turkey and Russia, and the next two countries to garner most attention were Spain and Portugal! Davidović obviously kept a close eye on the events in these countries and on their attempts at the time to organize the state on the base of a parliamentary monarchy. About Davidović's constitutionalist inscriptions, see M. Pavlović, (2008), 38.

у погледу гаранције непокретности чиновника. Раде Вл. Радовић, још уочи Другог светског рата, доказује општи утицај природног права на Давидовића, али и на српску политичку и правну мисао прве половине XIX века.[86] Стојанчевић сматра да је инспирација за Сретењски устав дошла из „слободоумних устава" Швајцарске и Белгије.[87] Драгољуб Поповић нема дилема у погледу постојања уплива страних устава у Сретењском уставу и, попут Продановића, скреће нарочито пажњу на сличности и с уставима неких немачких држава,[88] као и Драган Стојановић.[89] Поповић детаљно анализира могуће утицаја других устава на поједина решења у Сретењском уставу – регулисање уставног положаја књаза,[90] законодавства[91] и Државног

монархије. О Давидовићевим конституционалистичким написима, вид. и М. Павловић, (2008), 38.

86 Р. Радовић, „Либерално природно право у политичкој филозофији Јована Стејића и Димитрија Давидовића", *Архив за правне и друштвене науке* 5–6/1940, 449–464. Вид. и исти, „Природно правна теорија монархиског апсолутизма у политичкој философији војвођанских Срба, *Архив за правне и друштвене науке* 5/1939, 409–425; исти, „Демократско природно право у политичкој и правној философији Боже Грујовића", *Архив за правне и друштвене науке* 1/1940, 40–48.

87 В. Стојанчевић, *Историја српског народа V–1*, Београд 1981, 130.

88 Поред већ поменутих радова овог аутора, вид. нарочито Д. Поповић, „Димитрије Давидовић – од народне к појединачној слободи", *Либерална мисао у Србији*, Београд 2001, 33, а више о немачким узорима Д. Поповић, „Упоредноправни поглед на организацију власти по Сретењском уставу", *Стваралаштво Димитрија Давидовића*, Земун 2009², 63. Такође вид. Д. Поповић, „Упоредни поглед на српске уставе", *Анали Правног факултета у Београду* 4/1989, 382–383.

89 Д. Стојановић, „Права грађана у уставима Србије", *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*, Београд 1990, 165.

90 Одредбу чл. 16, која одређује књаза као „главу државе", он сматра позајмицом из немачких устава, а чл. 6, према коме књаз дели извршну власт са Државним совјетом, пореди с органским статутима Пољске и румунских кнежевина, отварајући могућност да су то у основи руски утицаји. Одредбу из чл. 29 да књаз мора бити православне вероисповести, пореди са решењима о обавезној конфесионалној припадности монарха из норвешког, португалског, шведског, виртембершког и бразилског устава, вид. Д. Поповић, (2009²), 66.

91 Решење из чл. 50 и 51. Сретењског устава, по коме законодавна иницијатива припада сваком од законодавних чинилаца, Поповић види и у белгијском, баденском, бразилском, португалском уставу и у француским уставним повељама, а у чл. 14 види апсолутни вето монарха у законодавству и пореди га с решењима у холандском и португалском уставу, *ibid.* Ипак, Поповићево мишљење да чл. 14 садржи апсолутни вето није општеприхваћено, већ преовлађује став да је у питању суспензивни вето, с обзиром да књаз „има право не одобрити сваког закона и уредбе одма, како му их поднесе државни Совјет први и други пут. Но почем му поднесе и трећи пут с новим и исцрпљеним доказатељствима, која не иду на погубу народа или противу устава државнога, онда их Књаз одобрава".

of civil servants. Rade Radović, briefly before the Second World War, proves the general influence of natural law on Davidović, as well as on the Serbian political and legal thought of the first half of the nineteenth century.[92] Stojančević believes that the inspiration for the Sretenje Constitution came from the „free-thinking constitutions" of Switzerland and Belgium.[93] Dragoljub Popović has no dilemmas when it comes to the influence of foreign constitutions on the Sretenje Constitution and, like Prodanović, draws particular attention to the similarities with the constitutions of some German states,[94] as does Dragan Stojanović.[95] Popović analyzes in detail the possible impacts of other constitutions on certain solutions in the Sretenje Constitution – regulating the constitutional position of the Prince,[96] the legislature[97]-

92 R. Radović, „Liberalno prirodno pravo u političkoj filozofiji Jovana Stejića i Dimitrija Davidovića", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 5–6/ 1940, 449–464. See the same, „Prirodno pravna teorija monarhijskog apsolutizma u političkoj filosofiji vojvođanskih Srba", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 5/1939, 409–425; the same, „Demokratsko prirodno pravo u političkoj i pravnoj filosofiji Bože Grujovića", *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1/1940, 40–48.

93 V. Stojančević, *Istorija srpskog naroda V-1*, Beograd 1981, 130.

94 In addition to the already mentioned works of this author, see especially D. Popović, „Dimitrije Davidović – od narodne ka pojedinačnoj slobodi", *Liberalna misao u Srbiji*, Beograd 2001, 33, and more about German models D. Popović, „Uporedno-pravni pogled na organizaciju vlasti po Sretenjskom ustavu", *Stvaralaštvo Dimitrija Davidovića*, Zemun 2009, 63. Also D. Popović, „Uporedno-pravni pogled na srpske ustave", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4/1989, 382–383.

95 D. Stojanović, „Prava građana u ustavima Srbije", *Ustavni razvitak Srbije u XIX i početkom XX veka*, Beograd 1990, 165.

96 The provision of Art. 16, which defines the Prince as the „head of state", he considers a loan from the German constitutions, and Art. 6, according to which the prince shares executive power with the State Council, is compared with the authority statutes of Poland and the Romanian principalities, opening up the possibility of these being basically Russian influences. The provision from Art. 29 that the Prince must be of the Orthodox faith, is compared with the decisions on the obligatory confessional affiliation of the monarch from the Norwegian, Portuguese, Swedish, Württemberg and Brazilian constitutions, see D. Popović (2009), 66.

97 Decision from Art. 50 and 51 of the Constitution of Sretenje, according to which the legislative initiative belongs to each of the legislative factors, Popović sees in the Belgian, Baden, Brazilian, and Portuguese constitutions and in the French constitutional charters. In Art. 14 he sees the absolute veto that the monarch wields in legislation and compares it with the solutions in the Dutch and Portuguese constitutions, ibid. However, Popović's opinion that Art. 14 contains an absolute veto is not generally accepted; instead, the prevailing view is that it is a suspense veto, given that the prince „has the right not to approve every law and regulation immediately, as submitted to him by the State Council for the first and second time. But if it is submitted to him for the third time with new and exhausted evidence, which do not go against the people or the state constitution, then the Prince approves them."

совјета[92]. Ту је указао на бројне могуће узоре, који су, осим из француске и швајцарских кантона, долазили можда и из белгијске, холандске, португалске, шпанске, пољске, бразилске и немачке уставне традиције. Он закључује да се Давидовић није повео само за једним узором, него је покушао да их комбинује и прилагођава, па је тако „из неоригиналних делова склопљен донекле оригиналан мозаик".

У сваком случају, долази време да се детаљније преиспита, у посебним радовима компаративно-правног приступа, у којој мери су везе Сретењског устава с другим уставима дубинске и уистину последица правних позајмица, а колико су посреди само формалне сличности или су, пак, сасвим другачији услови и разлози довели до појединих сродних решења. Тако се, на пример, увођење Народне скупштине у Сретењски устав често узима као доказ струјања идеје о народном представништву по француском узору (како међу савременицима који су нападали Устав, тако и у доцнијој литератури), а при том се пренебрегава чињеница да је већ Хатишериф из 1830. године који је издала Порта, свакако не по угледу на француске и природноправне идеје, предвидео да кнез врши власт у споразуму са скупштином, додуше традиционалном.[93]

Нарочито је важно установити да ли је Сретењски устав стајао превасходно под француским утицајима и у коликој мери су они суштински. Исто тако, да ли је уопште у Сретењском уставу било швајцарских идеја и колико је валидна мантра о „француско–швајцарској конштитуцији". Уосталом, Јовичић с правом истиче да Сретењски устав нема много веза са швајцарском федералном уставношћу,[94] али треба детаљније анализирати евентуалне сличности с уставима појединих швајцарских кантона, нарочито Цириха из 1831. године. Потребно је исцрпније осветлити значај белгијског Устава при настанку српског уставног првенца и, још више, бројних устава немачких држава тог времена. Јер, непрестано треба имати на уму да је од страних језика немачки био далеко најраспрострањенији међу малобројним образованим Србима који су се тада нашли у

92 Карактеристичну забрану из Сретењског устава да отац, син и два брата могу истовремено бити чланови Државног совјета, доводи у везу са шведским, и норвешким уставом, као и уставима појединих швајцарских кантона, а надлежност Државног совјета као коначне судске инстанце у трећем степену, мада указује да је то ретка појава у упоредном праву, ипак налази у уставима Вестфалије и Варшавског војводства, *ibid.,* 67.

93 Мада, остаје отворено питање превођења, тј. да ли се ту говори о народној скупштини или једноставно о „скупу", који би могао онда подразумевати и скуп старешина.

94 М. Јовичић, *150 īодина*, 104.

and the State Council.[98] Here he pointed to a number of possible exemplars, which, in addition to the French and Swiss cantons, may have come from the Belgian, Dutch, Portuguese, Spanish, Polish, Brazilian and German constitutional traditions. He concludes that Davidović did not follow a single pattern, but tried to combine and adapt them, thus „a somewhat original mosaic was made from unoriginal parts".

In any case, it is time to examine in greater detail, in the separate works of the comparative-legal approach, to what extent are the relations of the Sretenje Constitution with other constitutions deep and truly the result of legal transplanting, and how much of it is merely similarity of form, or whether completely different conditions and reasons happened to lead to some related solutions. Thus, for example, the introduction of the National Assembly into the Sretenje Constitution is often taken as evidence of the flow of the idea of a national representation according to the French model (both among contemporary authors who attacked the Constitution and in the later literature), while neglecting the fact that already the Hatt-I sharif from 1830, issued by the Porte, which was certainly not looking up to French and natural-law ideas, regulated that the Prince may exercise power only in agreement with the Assembly, though traditional.[99]

It is particularly important to determine whether the Sretenje Constitution emerged primarily under French influences and to what extent they were essential. Likewise, if there were any Swiss ideas at all in the Sretenje Constitution and how valid the mantra about the „French-Swiss Constitution" is. After all, Jovičić rightly points out that the Sretenje Constitution does not have much to do with Swiss federal constitutionality,[100] but it is necessary to analyze in more detail the possible similarities with the constitutions of particular Swiss cantons more diligently, especially that of Zurich from 1831. More light should be shed on the importance of the Belgian Constitution during the emergence of the Serbian constitutional firstborn and, even more so, of the numerous constitutions of the German states of that time. For, it should be kept in mind that the German language was by far the most widespread of foreign languages among the

98 The characteristic prohibition from the Sretenje Constitution, stating that a father, son and two brothers cannot be members of the State Council at the same time he (Popović, t/n) connects with the Swedish and Norwegian constitutions, as well as the constitutions of certain Swiss cantons, and the competence of the State Council as the final court instance in the third degree, although pointing out that is a rare occurrence in comparative law, he nevertheless finds in the constitutions of Westphalia and the Duchy of Warsaw, *ibid.*, 67

99 Although the question of translation remains open, ie. whether we are talking about a national assembly or simply a „gathering", which could then include a gathering of elders.

100 M. Jovičić, *150 godina*, 104.

Србији, јер су то углавном били људи који су се школовали у Аустрији и Угарској, тако да има смисла темељније истраживати и евентуално преношења правних идеја с тог говорног подручја. [95]

У тим трагањима опрез је увек неопходан, али се захтев за пажљивим разгртањем различитих слојева поготово заоштрава у време популарности Вотсонове теорије правних транспланата.[96] Том опрезу би се могла додати кратко формулисана опомена, да парафразирамо једну нашу лепу изреку, *није трансплант све што личи*. Јер, и ако је било преузимања страних узора, они су снажно модификовани у складу с локалним условима и реалним политичким приликама. Тај трновити пут да се с великим стрпљењем, уз много аналитичности и опрезно сагледавају сличности, али и да се свака сличност разумева у свом контексту, свакако чека младе истраживаче. Срећом изгледа да има на помолу оних који желе да прихвате овај изазовни, недовршени задатак.

Како год било, не може се негирати чињеница да је Сретењски устав баштинио доста различитих поклона из других правних система. Он је, са стране гледано, заиста доживљен као веома модеран у упоредноправном окружењу, па је некима „Србија изгледала као нова Америка".[97] Поред утиска који је стекла званична Русија и Порта да је у питању револуционарни правни текст донет по иностраним рецептима, две недеље по објављивању Устава, Јеврем Обреновић пише из Београда у Крагујевац брату Милошу о реакцији у Аустрији, али не званичној, већ оној неофицијелној, либералној: „Заиста казати могу, да се и наше комшије иностранци диве и чуде мудрим благорасположенијама Вашим, и не сравњују с уредбама Вашим ни оне државе, које се од толико година установљавају, (па) ни саму Америку! И Богу Милостивом благодарим кад нам се имају и чему дивити".[98]

95 Један такав рад је настао управо у време када и овај текст, из пера докторанда на Правном факултету Универзитета у Београду Миљане Тодоровић, асистента Правног факултета из Ниша, вид. М. Тодоровић, „Инострани утицаји на главу, Општенародна права Србина' у Сретењском уставу", *Пешчаник*, Историјски архив у Нишу, 8/2010 (у штампи).

96 Поред његовог већ поменутог фундаменталног дела *Правни трансплантти – приступ упоредном праву*, вид. и чланак А. Вотсон, „Право у књигама, закон и стварност: упоредноправни поглед", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007.

97 М. Гавриловић, (1926), 195–196. Узгред, у време док је радио на Уставу, Д. Давидовић је објављивао у наставцима превод Устава САД у свом листу *Новине србске*, које је најпре основао и штампао у Бечу 1813. године, а касније (од 1834. године) почео да их редовно издаје у Крагујевцу као прве дневне новине које се штампају у Србији.

98 М. Гавриловић, *ibid*.

few educated Serbs who found themselves in Serbia at the time, because they were mostly people who were educated in Austria and Hungary, so it makes sense to thoroughly study the possible transmissions of legal ideas from that speaking area.[101]

In these searches caution is always necessary, but the demand for the careful unfolding of various layers was especially sharpened when Watson's theory of legal transplants gained popularity.[102] A concise admonition might be added to that precaution, to paraphrase one of our beautiful sayings, *not everything that looks like a transplant is one*. Because, even if foreign models were being taken over, they were heavily modified to suit local conditions and real political circumstances. That rough path of observing the similarities with great patience, a great deal of careful analysis and caution, but also understanding each similarity in its context, certainly awaits young researchers. Fortunately, it seems there are those who want to take on this challenging, unfinished task.

Nevertheless, the fact that the Sretenje Constitution inherited many different gifts from other legal systems cannot be denied. It was, looking from the outside, really seen as very modern in a comparative legal environment, so to some, „Serbia seemed like the new America".[103] In addition to the impression gained by official Russia and the Porte that it was a revolutionary legal text adopted according to foreign prescriptions, two weeks after the constitution was published, Jevrem Obrenović writes from Belgrade to Kragujevac to his brother Miloš about the reaction in Austria, though not the official one, but the unofficial, liberal one: „I can truly say that our foreign neighbors admire and marvel at your wise favors, and do not compare your regulations even with those countries that have been established for so many years, not even America itself! And I thank the Gracious Lord that they have something to admire us for."[104]

101 One such work was written just at the time when this text, by the pen of a doctoral student at the University of Belgrade Faculty of Law, Miljana Todorović, an assistant at the Faculty of Law in Niš, was published. M.Todorović, „Inostrani uticaji na glavu, opštenarodna prava Srbina u Sretenjskom ustavu" *Peščanik*, Historical Archive in Niš, 8/2010 (in press).

102 In addition to his already mentioned fundamental work *Pravni transplanti – pristup uporednom pravu* A. Watson, „Pravo u knjigama, zakon i stvarnost: uporednopravni pogled", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2007.

103 M. Gavrilović, (1926), 195–196. By the way, at the time when he was working on the Constitution, D. Davidović continued to publish a translation of the US Constitution in his newspaper *Novine srbske*, which he first founded and printed in Vienna in 1813, and later (from 1834 onward) began publishing them regularly in Kragujevac as the first daily newspaper printed in Serbia.

104 M. Gavrilović, *ibid*.

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА – СТЕРЕОТИП О БЕЗНАЧАЈНОСТИ ПРАВА ЗА ФОРМИРАЊЕ НАЦИОНАЛНЕ СВЕСТИ КОД СРБА

Последњи стереотип, који се не тиче само Сретењског устава, је везан за једно виђење споља. Прилично је распрострањено мишљење да се код балканских народа, па и код Срба „право није појављивало као битан фактор, нити значајан у националној свести". О томе без ограда говори један од највећих компаративиста XX века, Рене Давид.[99] Ако би се то можда могло рећи за друге балканске народе, то у случају Србије није тачно. Додуше, за овај стереотип сами смо одговорни, јер недовољно чинимо у обавештавању светске јавности о сопственим правним дометима. Тако је и код нас самих остала недовољно истакнута једна важна чињеница, која није пука коинциденција, већ знаковити податак. Некако баш у исто време када се почело размишљати о првом Уставу, паралелно са борбом за што повољнију садржину Хатишерифа, Милош (или, још вероватније, Димитрије Давидовић, чије знање француског језика хвали Боа ле Конт) увиђа потребу за доношењем грађанског и кривичног законика. Као и у случају Устава, све се то дешава далеко раније него у било којој земљи у окружењу. Тако Милош већ 1829. године даје налог учитељу свога сина, кнежевића Милана, Грку Геогију Захаријадесу, да на српски језик преведе део Наполеоновог кодекса (а не аустријског!), као први корак у припремању кодификације грађанског права у Србији, коју је (као и кодификацију кривичног права) заговарао, а можда чак и иницирао, и Вук Караџић.[100]

Паралелизам у припремању ових фундаменталних правних текстова – устава и кодификација, без којих нема уређене државе, додатно нас уверава да је важан Милошев мотив за доношење Сретењског устава могао бити не само лични интерес. Макар у подједнакој мери то је било сазрело уверење да је развијеност правних институција од суштинског значаја за националну самосвест и државну независност, за оно што би се данас назвало национални идентитет. Дакако, то вероватно није могао бити изворни Милошев увид, већ зрело сагледавање човека светског формата, Димитрија Давидовића – онога коме је Милош поверио своју кацеларију и све државне послове, али и оних других с којима је он комуницирао, који су чинили део једног младог, модерног либералног интелектуалног круга који је у Србији тек ста-

99 R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris 1978, 168. На ову околност је указао Д. Денковић, „Развој државне власти и управе у Србији и значај Сретењског устава од 1835. године", *150 година*, 208.

100 С. Јовановић, „Јован Хаџић", *Из наше историје и књижевности*, Београд 1931, 36.

6. INSTEAD OF A CONCLUSION – THE STEREOTYPE OF THE INSIGNIFICANCE OF THE RIGHT TO FORM A NATIONAL CONSCIOUSNESS OF THE SERBS

The last stereotype, which does not regard only the Sretenje Constitution, is related to a view from the outside. It is a widespread belief that with the Balkan nations, Serbs included, „law did not appear as an important factor, nor significant in the national consciousness". One of the greatest comparatists of the twentieth century, René David, talks about this without hesitation.[105] Even if this could possibly be said of other Balkan nations, it is certainly not true in the case of Serbia. Admittedly, we are to blame for this stereotype, as we do little to inform the world about our own legal reach. Thus, one important fact, which is not a mere coincidence, but an elucidating fact, has remained underemphasized in our country. Somehow at the same time as the first Constitution was being considered, in parallel with the fight for the most favorable content of the Hatt-I sharif, Miloš (or, more likely, Dimitrije Davidović, whose French language Bois-le-Comte praises), recognizes the need for a civil and criminal code. As in the case of the Constitution, all this happens far sooner than in any other country in the region. Thus, as early as 1829, Miloš instructed his son's, Prince Milan's teacher, Greek Georghi Zachariadis, to translate a part of Napoleon's (not Austrian!) Code into Serbian, as the first step in preparing a civil law codification in Serbia, which (as well as the codification of criminal law) was advocated, and perhaps even initiated, by Vuk Karadžić.[106]

The parallelism in the preparation of these fundamental legal texts – the constitution and the codifications, without which there is no regulated state, further assures us that Miloš's important motive for the adoption of the Sretenje Constitution could be more than just personal interest. At least to the same extent, it was a mature belief that the development of legal institutions was essential for national self-awareness and state independence, or what would today be known as national identity. Of course, this may not have been Miloš's original insight, but the mature view of a man of the world, Dimitrije Davidović – the one to whom Miloš entrusted his office and all state affairs, as well as those with whom he communicated, who were part of a young, modern, liberal intellectual circle that had just started to grow in Serbia. That connection, at least temporally, and possibly personally (in the form of the erudite Dimitrije Davidović

105 R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris 1978, 168. This circumstance was pointed out by D. Denković, „Razvoj državne vlasti i uprave u Srbiji i značaj Sretenjskog ustava od 1835. godine", *150 godina*, 208.

106 S. Jovanović, „Jovan Hadžić", *Iz naše istorije i književnosti*, Beograd 1931, 36.

савао. Та спона, барем временски, а могуће је и персонално (у лику ерудите Димитрија Давидовића као *spiritus movens*-а), тесно повезује почетак припрема првог српског устава и прве српске кодификације, Но, истовремено, та веза можда може бити и један од путоказа при размишљању о дилеми да ли су се код састављања Сретењског устава користили инострани узори и у коликој мери су ти утицаји долазили из Француске, а колико из других европских правних породица.

Србија је тако 1835. године добила *први* прави Устав у овом делу света (јер су грчке уставне повеље из двадесетих година тог века ипак биле фрагментарне и краткотрајне, па не би заслуживале више од назива „уставни акти", како се обично називају исто тако фрагментарни први српски уставни покушаји из 1808. и 1811. године). Устав је Србија добила, стицајем историјских околности, пре великих сила какве су биле Русија, Турска или Аустрија, у време када су га већ имале Шведска (1809) и Норвешка (1814), Шпанија (1812) и Португалија (1826), Холандија (1815) и Белгија (1831), али и низ немачких државица као Баварска (1818), Баден (1818), Виртемберг (1819), Хесен-Дармштат (1820), Заксен-Алтенбург (1831), Брауншвајг (1832).[101] И то не било какав, већ устав у коме су „установљена" најлибералнија правна начела тога доба – једнакост пред законом, слобода и сигурност личности и имовине, *habeas corpus*, *nullum crimen sine lege* и *ne bis in idem*, укидање феудалних односа, увођење народне скупштине, судска независност, сталност чиновника. А такав Устав је почео да се рађа бар неколико година пре објављивања, паралелно са хатишерифима. Јавио се пре свог времена, рано је запевао националну песму, и зато је био тако краткотрајан.

Србија је такође, додуше тек 1844. године, после доста перипетија и на крају по аустријском узору, из пера Јована Хаџића (на том послу од 1837. године), добила и *први* модерни грађански законик у региону, а четврти по реду у Европи (после француског из 1804, аустријског из 1811. и холандског из 1838. године).[102] Али, о томе свет не зна, а и код нас се о месту Српског грађанског законика у упоредном праву мало пише, поготово на светским језицима.[103] И

101 Ј. Продановић, *Историја политичких странака*, 75, налази донекле сличне „монархистичке" одредбе у шведском, баварском, баденском, виртембершком, португалском и белгијском уставу.

102 У оваквом рангирању не рачунамо покушаје пресликавања Наполеоновог законика у Краљевини двеју Сицилија или скоро дословни превод тог законика у баденском Грађанском законику из 1810. године, као ни Баварски, Пруски и друге законике појединих немачких државица из друге половине XVIII века, јер се они без сумње не могу сматрати модерним грађанским кодификацијама.

103 Тек се недавно на Википедији појавио податак да је Србија „једна од првих држава" која је у својој кодификацији „кроз правне транспланте следила"

as the *spiritus movens*), closely links the beginning of the preparation of the first Serbian constitution and the first Serbian codification. But at the same time, that connection may also be one of the pointers when considering the dilemma of whether foreign models were used in the drafting of the Sretenje Constitution and to what extent these influences came from France or from other European legal families.

Thus, in 1835, Serbia received *the first* true Constitution in this part of the world (because the Greek constitutional charters of the 1820s were fragmentary and short-lived, so they would not deserve more than the name „constitutional acts", as the first Serbian fragmentary constitutional attempts from 1808 and 1811 are commonly called). The constitution was acquired by Serbia, by historical circumstances, before the major powers such as Russia, Turkey or Austria, at a time when Sweden (1809) and Norway (1814), Spain (1812) and Portugal (1826), Holland (1815) and Belgium (1831) already had it, but also a number of little German states such as Bavaria (1818), Baden (1818), Württemberg (1819), Hesse-Darmstadt (1820), Saxe-Altenburg (1831), Braunschweig (1832).[107] And not just any constitution, but a constitution that „established" the most liberal legal principles of that time – equality before the law, personal and property freedom and security, *habeas corpus, nullum crimen sine lege* and *ne bis in idem*, abolition of feudal relations, introduction of a national assembly, judicial independence, permanent tenure of civil servants. And such a constitution began to emerge at least a few years before its publication, parallel with the Hatt-I sharifs. It appeared before its time, singing the national song too early, which is why it was so short-lived.

Serbia also, though only in 1844, after many peripeties and finally following the Austrian model, received the first modern civil code in the region from the pen of Jovan Hadžić (on this project since 1837) and the fourth in Europe (after the French of 1804, the Austrian of 1811, and the Dutch of 1838).[108] But the world does not know about this, and not much is written here about the place of the Serbian Civil Code in comparative law, especially in the world languages.[109] That's why, among other things,

107 J. Prodanović, *Istorija političkih stranaka*, 75, finds somewhat similar „monarchist" provisions in the Swedish, Bavarian, Baden, Württemberg, Portuguese and Belgian constitutions.

108 In this ranking we do not count the attempts to copy the Napoleon's Code in the Kingdom of the two Sicilies, nor the almost literal translation of the Code in the Baden Civil Code of 1810, as well as Bavaria's, Prussia's and other codes of certain small German states in the second half of the XVIII century, since they undoubtedly cannot be considered modern civil codifications.

109 Only recently did Wikipedia report that Serbia was „one of the first countries" to follow the Austrian Civil Code in its codification through legal transplants, *http://*

због тога, између осталог, највећи светски ауторитети и даље робују нетачном стереотипу да се код Срба право није појављивало као битан фактор националне свести. А ствари стоје управо супротно. О томе сведочи чврста решеност Милоша и српских интелектуалаца да се правни систем уреди по узору на најбоља правна достигнућа тога времена, и то почев од устава и кодификација, што недвосмислено рефлектује јасну спознају о значају права за националну самосвест и самосталност. Због тога ни Сретењски устав не треба сагледавати као изоловани правни акт, већ као део једног снажног законодавног замаха који је започео тридесетих година XIX века, који је кулминирао доношењем првог самостално састављеног Устава 1835. године и прилично специфичног Српског грађанског законика из 1844. године, који није тек пуки превод аустријског модела, што је још један од стереотипа наше правне историје који треба преиспитати.

Наравно, као и у поменутом примеру Српског грађанског законика, ниједан од наведених стереотипа о Сретењском уставу није настао сасвим без основа. Ипак, с њима се мора веома пажљиво поступати. Јер, колико су опасни национални, расни, социјални, верски и други стереотипи и етикете, толико су опасни и они историјски, јер редукују веома комплексну стварност на поједностављена виђења. Када се једном формира, стереотип лако постаје основа или барем оријентир за нова извођења, а као погрешна или непотпуна премиса води ка даљим нетачним закључцима о важним историјским чињеницама и збивањима. Ово је поготово важно када се примењује метод тзв. Ранкеовске модерне емпиричке историје, која у политици, политичарима и владарима види одлучујући фактор историјских промена,[104] а чије трагове носи највећи део истраживања везаних и за правну историју Србије у XIX веку. Због свега тога, циљ овог рада није да се неки важни елементи који леже у основи поменутих уврежених схватања сасвим негирају, него да им се убудуће приступа са више пажње и опреза, као и да се у истраживањима која следе она поново размотре и барем донекле релативизују. Овде је, поводом 175 година од настанка Сретењског устава, понуђен само могући путоказ.

Рад приспео: 2.6.2020.

Измењена верзија: 31.11.2020.

Прихваћен за објављивање: 5.12.2020.

Аустријски грађански законик, *http://en.wikipedia.org/wiki/Civil_code*, посећено априла 2010. године. *Google Scholar* и *Social Science Research Network (SSRN)* до данас не садрже ни један једини текст о Српском грађанском законику.

104 Вид. више P. Burke, *New Perspectives on Historical Writing,* University Park, Pa. 1998, 3.

the world's largest authorities continue to be enslaved by the inaccurate stereotype that the Serbs didn't regard law as an essential factor of national consciousness. And quite the opposite is true. This is evidenced by the firm determination of Miloš and the Serbian intellectuals to arrange the legal system modeled on the best legal achievements of the time, starting with the Constitution and the codifications, which reflects a clear understanding of the importance of the right for national identity and independence. Therefore, the Sretenje Constitution should not be seen as an isolated legal act, but rather as part of a strong legislative momentum that began in the 1830s, culminating in the adoption of the first independently formed Constitution of 1835 and the rather specific Serbian Civil Code of 1844, which is not just a mere translation of the Austrian model – that is another stereotype of our legal history that needs to be re-examined.

Of course, as in the aforementioned example of the Serbian Civil Code, none of the given stereotypes about the Sretenje Constitution came into being completely without a foundation. However, they must be handled very carefully. Because, as dangerous as national, racial, social, religious, and other stereotypes and labels are, so are the historical ones, because they reduce a very complex reality to simplistic views. Once formed, the stereotype easily becomes the base or at least a pointer for new examinations, and as a false or incomplete premise, it leads to further inaccurate conclusions about important historical facts and events. This is especially important when using the so-called Ranke's modern empirical history, which sees politicians and rulers as the decisive factor of historical change,[110] whose traces are found in most of the research on the legal history of Serbia in the nineteenth century. Therefore, the aim of this paper is not to completely negate some of the important elements underlying the aforementioned common understanding, but to approach them with more care and caution in the future, to reconsider them in the research that follows, and to relativize them at least to an extent. Here, on the occasion of the 175th anniversary of the Constitution of Sretenje, only a possible signpost was offered.

Paper received: 2.6.2020.
Revised version: 31.11.2020.
Accepted for publication: 5.12.2020.

en.wikipedia.org/wiki/Civil_code, visited in April 2010. To date, *Google Scholar and the Social Science Research Network (SSRN)* do not contain a single text on the Serbian Civil Code.

110 See more in R. Burke, *New Perspectives on Historical Writing*, University Park, Pa. 1998, 3.

Dr. Sima Avramović
Professor
University of Belgrade Faculty of Law

THE FIRST SERBIAN CONSTITUTION OF SRETENJE (CANDLEMASS)* – 175 YEARS AFTER

Summary

The author points to a few strongly rooted stereotypes regarding the first Serbian Constitution of Sretenje adopted in 1835. He calls for their re-evaluation and offers new arguments as a starting point to encourage further research.

There are scholars who raise the question whether the 1835 act was the first Serbian constitution. Some claim that there were previous historical documents, which were of constitutional character, while others contest the constitutional nature of the 1835 act, due to the lack of formal sovereignty of Serbia in that time. In the author's view the Constitution of Sretenje had sufficient formal and substantial elements comparable to other contemporary European constitutions.

The author is of opinion that the Constitution was not imposed to then Serbian prince Milosh as an aftermath of the rebellion of the influential leader, Mileta, in 1835. Prince Milosh sincerely wanted to provide a constitution for the country, and had ordered its drafting five years before the rebellion took place. The author offers evidence that prince Milosh vigorously tried to save the Constitution after the strong negative reactions to its adoption, which came from Russia, Turkey and Austria. The three powers considered the Constitution to be revolutionary, modern and dangerous for their countries, which was particularly the case of its Chapter XI, providing on civil rights and liberties. The Serbian prince was therefore pressed to suspend the Constitution unwillingly only six weeks after its adoption. The author tries to prove that prince Milosh was in favour of adopting the Constitution not only for his own personal advantage. He perceived it as an important instrument of creating national identity and independence.

Two more stereotypes are re-examined. One concerns the scope of contribution of Dimitrije Davidović to the Constitutional drafting, for he is traditionally believed to be the author of the Constitutional text. The other is the cliché about the influences of the French constitutional documents upon the provisions of the first Serbian constitution.

In conclusion the author disagrees with the prejudice that law was irrelevant factor in the process of creation of the national conscience among Serbs. On the contrary, rather strong legislative efforts of the mid 30s of the 19th century have

* Religious Orthodox Christian festivity – Presentation of the infant Christ in the Temple, celebrated on February 2nd (old calendar), i.e. 15th (actual calendar). The Constitution was adopted the next day, February 3/16, 1835.

brought about not only the first Serbian Constitution, but also the emergence of the first code. It was the Serbian Civil Code, adopted in 1844, which was among the first in Europe. He concludes that all stereotypes existing in respect of the Constitution of Sretenje must be thoroughly researched, which is particularly the case of the one concerning sources of foreign influences upon the Constitution.

Key words: *Constitutionality in Serbia. – Influence of European XIX century constitutions. – Prince Milosh. – Dimitrije Davidovic. – Legal transplants.*

Isidora FÜRST*

ПОВРАТАК ВЕЛИКОМ КОДЕКСУ

Сима Аврамовић, *Рано грчко право и Гортински законик*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 338.

Професор др Сима Аврамовић, аутор књиге „Рано грчко право и Гортински законик", редовни је професор Правног факултета Универзитета у Београду. Генерацијама студената држао је наставу из предмета Упоредна правна традиција, Општа правна историја и Реторика, поред којих и испите из Латинског језика. Предавач је по позиву на престижним универзитетима и учесник на многим међународним научним скуповима; аутор је многобројних књига, уџбеника и научних радова. Током свог вишедеценијског научног и академског рада, професор Аврамовић се посебно посветио изучавању старог грчког права, историје и културе, због чега га најшири научни кругови препознају као великана антике. Проф. др Сима Аврамовић био је декан Правног факултета Универзитета у Београду у два мандата.

У основи овог капиталног дела јесте рано грчко право и Гортински законик, међутим, предметним истраживањем не исцрпљује се у потпуности сврха рада. Смисао ове књиге је, такође, стручна и лична провера резултата научноистраживачких теза постављених у магистарском раду под називом „Рано грчко право и Гортински законик", одбрањеног од стране аутора 1977. године. Деценије које су уследиле показале су да су тадашње тезе професора Аврамовића успешно из-

* Аутор је студент основних студија Правног факултета Универзитета у Београду, *isidora.first@gmail.com*

држале тест времена и нових научних сазнања, те добиле научну верификацију од светског значаја у каснијим радовима аутора и делима савременика. Захваљујући дубокој личној повезаности аутора са материјом и због тога што је првобитно научно истраживање сагледано са временске дистанце, организација и структура ове књиге садрже и обележја савременог романа. Концепција овог дела је крајње специфична јер је свако поглавље изворног магистарског рада праћено по једним додатним одељком посвећеним развоју конкретне научне проблематике у међувремену. Тако књига почиње поглављем „Увод пре увода" а завршава се поглављем „Крај после краја", чији наслови нису једноставно стилско дотеривање и означавање одељака, већ суштинско усмеравање читаоца. Препорука аутора читаоцу да књигу започне читањем изворног текста Гортинског законика, те настави са правном анализом законика интегрално или по институтима, поставља читаоца у улогу активног учесника у једном несвакидашњем начину разматрања научног рада.

У „Уводу пре увода" професор Аврамовић најпре прави паралелу између две најстарије европске кодификације – Гортинског законика и Закона дванаест таблица. Обе кодификације су, судећи по легендама и наративним изворима, настале у V веку п.н.е. Такође, обе кодификације имају 12 целина (колумни), допуњене су са по две накнадне целине, обухватају скоро све правне области које су биле регулисане у том периоду (судски поступак, кривично, статусно, брачно, породично, наследно и облигационо право) и теже законском ограничавању самопомоћи. Сличности између античких грчких и римских закона аутор објашњава првенствено блиским условима и сличним развојем друштвених односа, наглашавајући да постоји могућност утицаја једне кодификације на другу. Аутор у овом одељку такође пореди три доминантна правна система старе Грчке (атински, спартански и гортински), односно три цивилизације које су поколењима оставиле различите трагове. Основни извор сазнања о атинском праву су сачувани судски говори познатих атинских беседника, али осим беседа које су писали логографи, из старе Атине очувано је врло мало епиграфских споменика. Из Спарте нису остали писани закони, па се о њеном правном систему сазнаје посредно, из дела Платона, Аристотела, Плутарха и других писаца. Из Гортине је поникао читав Гортински законик, назван „Велики кодекс" или „Краљица натписа"[1], уклесан у камене блокове са три хиљаде речи и преко две стотине законских норми. По мишљењу професора Аврамовића,

1 Сима Аврамовић, *Рано грчко право и Гортински законик*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 19.

„Гортински законик је, по природи ствари, извор који ћути"[2], јер нема речи које говоре о његовој примени.

Посебно поглавље посвећено је особеностима раног грчког права, првенствено питању јединствености раног грчког права и изворима раног грчког права. Грчки антички свет је био организован у оквиру полиса који су представљали мале државне заједнице са сопственим правним порецима, па тако аутор у основном раду поставља питање шта је то што свим полисима представља заједничко обележје и да ли се они могу повезати у јединствену правну целину. Како у основном раду, тако и у погледу са временске дистанце, аутор оправданост назива „рано грчко право" види у идентичној форми организовања друштвеног, економског и политичког живота у оквиру полиса, сваког заснованог на робовласничком класном систему. Разлике у уређењу полиса приписују се племенско-обичајном наслеђу заједница. По мишљењу аутора, јединственост „грчког права" најочигледнија је у раном периоду развоја права појединих полиса, онда када су они били засновани на родовском уређењу. Такође, одређени институти из области породичног, брачног и наследног права, били су исти или слични у тој фази развитка у већини полиса. Посебан такав пример је институт епиклерата, односно институт ћерке-наследнице.

У оквиру поглавља које говори о изворима раног грчког права, професор Аврамовић је посебну пажњу посветио обичајима као основном извору права, указујући на етимолошке и садржајне разлике у објашњавању овог појма. Тако се појмови *тхемис* и *дике*, који су у литератури различито дефинисани, по мишљењу аутора могу схватити истовремено као обичајно право и као пресуда заснована на обичајном праву. Обичаји, схваћени као понављање правне праксе наслеђене од предака, прихваћени су од стране људи као право које штите сами богови. Према мишљењу аутора, обичаји су, у циљу регулисања односа у друштву које се развија, временом преузимани од стране родовске аристократије, настајуће средње класе и настајућих раних државних органа, па према потребама модификовани, допуњавани и преточени у пресуде (*дике*) а потом у законе.

Гортински законик пронађен је 1884. године на Криту, на рушевинама града Гортине, уклесан на каменим блоковима који су припадали једној гортинској јавној згради. Написан је на дорском дијалекту, без временског одређења тачног стварања, премда се у литератури води да потиче из периода V века п.н.е. Такође, законик не садржи означење законодавца, нити било који податак у вези са

2 *Ibid.*, 21.

поступком његовог доношења. Аутор задржава основни став изнет у ранијој тези, према којем је Гортински законик, из перспективе схватања квалификација у правној историји, заиста законик. Гортински законик садржи основне елементе који су претпостављени да би се говорило о законику – систематику и груписање правних норми, свеобухватност (уз додатну примену обичајног права и уз делимичне промене у периодима примене) и стабилност примене.

Треће, и најобимније поглавље, професор Аврамовић посветио је гортинском праву и анализи Гортинског законика. У књизи је најпре дат осврт на политичку и правну историју Крита, који по свом географском положају „представља мост од Азије и Африке према грчком копну и Европи".[3] Затим следи кратак преглед периодизације Крита, са становишта предуслова за доношење Гортинског законика: неолитски период петог и четвртог миленијума, миноски период од трећег до краја другог миленијума (у времену када се миноска култура прожима са микенском културом) и дорски период на прелому другог и првог миленијума (када долази до освајања Крита од стране Дораца). Затечено миноско-ахајско друштво је већ садржало почетке ране државне организације, за разлику од племенског уређења освајачких Дораца. Ипак, Дорци постепено преводе своје племенско уређење у преддржавне облике и формирају нову племенску аристократију. Рану критску цивилизацију карактерише прва појава супститута новца у облику грубе металне плоче и најстарији европски писани текст исписан на диску од печене глине, односно диск из Фестоса, за који се претпоставља да је религијског садржаја (мада аутор не искључује ни могућност „да текст има неку елементарну правну конотацију").[4]

Изворни део књиге који се односи на друштвену структуру Крита и Гортине, професор Аврамовић је допунио коментаром под називом „Самокритички поглед". Додатно поглавље не треба схватити као научну самокритику аутора, већ као објашњење терминолошких разлика између појединих појмова и једну друштвену (само)критику у смислу идеолошко-политичке условљености објашњења, назива и садржине појмова у тадашњем времену (марксизам и историјски материјализам, као и друге терминолошке разлике).

Анализу друштвене структуре Крита и Гортине, професор Аврамовић започиње приказом родовско-племенских института, првих раних института на преласку из родовске у рану државну органи-

3 *Ibid.*, 91.

4 *Ibid.*, 99–100.

зацију, потом институционализоване друштвене структуре и поделе становништва на слободне и робове.

По доласку Дораца, повезују се стара ахајско-критска аристократија и дорско племство и стварају се први војно-робовласнички градови-државе на Криту између VIII и VI века пре нове ере. У насталим државама су и даље постојали основни родовско-племенски институти, попут *хетајрије* (братства, *фратрије*), *филе* (племена, *трибе*) и племенских старешина, с тим што је приметна њихова јача политичка улога у раним државама. Друштвена структура заснована је на основној подели на слободне и робове. Фратрију чине одрасли мушки слободни грађани Гортине и они чине војничко-земљорадничку аристократију. Њена карактеристика је заједничко обедовање чланова хетајрије, чији обеди се називају *андрије*. Из хетајрија и андрија су биле искључене жене и робови, а припадници хетајрије имали су грађанска и политичка права и одређене економске привилегије. Постојала је и категорија слободних грађана који су били изван хетајрија и андрија, а они су се називали *апетајри* (не-грађани) и чинили су политички инфериорну категорију. У ову друштвену групу вероватно су спадали странци, ослобођени робови, синови слободних грађана са робињом, деца слободне жене и роба, а могуће и осиромашени слободни грађани који су напуштали фратрије. Пошто нису могли да се баве земљорадњом они су се бавили трговином, па је кроз такву поделу рада долазило до имовинског, професионалног и класног раслојавања. Тако су на једној страни, међу слободним грађанима били аристократски земљопоседници, а на другој страни подређени грађани који су се бавили трговином.

Неслободно становништво се у правним изворима различито назива, али њихово одређење везано је за различите облике својине и различиту употребу робовског рада. *Мноити* (који се не помињу у Гортинском законику) били су државни робови и обављали су јавне радове на државној земљи. Мноити су били робови целе заједнице и нису припадали аристократским породицама. Другу категорију чине *кларoти*, робови који су својина клера и ојкоса (патријархалне породичне задруге), који као приватни робови обрађују земљу. *Афамиоти* су иста категорија као клароти, односно приватни робови који живе на пољима. Основну категорију зависног становништва у Гортинском законику чине *војкеји* који живе у кући робовласника. Ови робови углавном живе на селу, имају право коришћења куће у којој живе и стоке на имању, као и одређена права на покретној имовини. Господар није имао право да убије војкеја, нити да га прода, осим у случају бекства. Гортински законик признаје законит брак војкеја и

заштиту његове породице, а дозвољава и склапање брака између слободне жене и војкеја. Кодификација познаје две врсте војкеја, старих војкеја одн. кларота и војкеја аристократских породица, и дужничко ропство тј. претварање слободних људи у робове.

Анализирајући својинске односе у Гортини, аутор констатује да извори за изучавање најранијих облика присвајања нису многобројни, али да се из текста самог законика може утврдити постојање две основне врсте својине, породичне својине (недељиве) и индивидуалне својине, с тим што се указује и на могући трећи облик својине који се односио на ненаследиву кућу и стоку војкеја. По правилу, породична имовина се није делила и она је остајала синовима заједно са жртвеником, огњиштем и култом, уз обавезу наставка породичне заједнице као заједнице живота, имовине, рада и религије. Кућа у граду и њена садржина, домаћи робови и стока, били су под посебним режимом породичне имовине, и чланови породице нису имали право да је отуђују. Покретна имовина се делила по правилима обичајног права. У време доношења Гортинског законика није, дакле, постојало правило развргавања породичне заједнице, те се заједничка имовина није делила. У Гортини су ћерке наслеђивале половину „братовљевог дела имовине",[5] а у случају да није имала браће, ћерка-наследница није стицала својинска овлашћења према имовини него је само преносила имовину са свога оца на свога сина, уколико га је имала. С обзиром на то да породичну имовину није могао да отуђи ни отац породице, то су чланови породице имали само право заједничког коришћења те имовине. Овакав начин својине аутор назива колективном својином патријархалне породице (која одговара типу породичне задруге), чији су титулари сви чланови породице, с тим што породицу и породични култ може продужавати само мушкарац. Ћерке не могу наслеђивати породичну имовину, али могу да добију од оца поклон за удају, који су, у случају да га нису за живота оца добиле, могле да затраже у поступку наслеђивања од брата. Поред породичне имовине, у Гортини су отац, његова жена и деца (укључујући и ћерке), могли да имају своју приватну имовину која је подразумевала покретне ствари. С тим у вези аутор указује на то да и у таквим случајевима породични старешина има одређена овлашћења према члановима породице и њиховој имовини. Најзад, помиње се колективна својина као још један облик присвајања, када се у случајевима непостојања наследника земља заједно са војкејима враћа колективу, односно хетајрији. Аутор у новом истраживању посебно истиче постојање специфичне установе колективистичке породичне својине

5 *Ibid.*, 148.

у Гортини која је недељиво припадала свим члановима породице. *Еӣибалонӣи* (синови преминулог у првом реду) присвајају целовиту породичну имовину са циљем да заједнички одрже породични култ. Породична задруга у овом облику постојала је у неким друштвима у преласку из племенског у државно уређење, међутим, епибалонат у Гортинском законику био је потиснут због присутне тежње за приватном својином.

У вези са породичним односима, у Гортинском законику се налазе одредбе које указују да основу живота чине патријархалне породице, као заједнице живљења, рада и имовине, које чине чланови по рођењу или адопцији. Чврстина таквих заједница и наставак породичне лозе обезбеђивао се немогућношћу синова да после очеве смрти поделе аристократски клер (земљишну парцелу). У овом делу аутор описује начин живота слободних грађана који се још од младости подвргавају војничком и физичком образовању, који су подељени у старосне групе одвојене од породица боравили у *аӣелама* (стадима), а према којим поделама се одређивао и обим њихове пословне способности. Тако су појмом *анорос* и *анебос* обухваћени млађи од 12 година који немају пословну способност. С обзиром на то да ћеркенаследнице имају право на удају са 12 година, то се може закључити да малолетна лица са 12 година у Гортини стичу известан обим пословне способности. Пуна пословна способност се стицала са 20 година. Интересантна је појава да су се сви младићи који излазе из агела колективно и ритуално женили истога дана.

Правни положај жене по Гортинском законику је био релативно повољан. Жена је имала извесна наследна права, постојала су широка права ћерке-наследнице и могла је имати своју посебну имовину на којој муж није имао право располагања. Имала је право да захтева развода брака и била су уређена њена права у случају развода. Аутор истиче да овакав правни положај жене вуче корене још из ранијег родовског племенског уређења са траговима матријархата. С обзиром на то да је и државно уређење имало елементе колективистичког управљања, то су се и у породичним односима задржали елементи традиције из колективног живота. Ипак, у регулисању породичних односа уведена су и нова решења, тако да је, поред патријархалне, наговештена појава и индивидуалне когнатске породице.

Питања наслеђивања су претежно решавана према старим племенским обичајима, а опредељена су постојањем три облика својине – породичне својине, својине на кући и стоци на којој су војкеји имали право коришћења и још неразвијене индивидуалне приватне својине која се није односила на земљу. Тестамент није постојао, тако да се присвајање одвијало само на бази припадања породици (по рођењу,

адопцијом и поклоном за случај смрти). У центру наслеђивања по Гортинском законику је институт епиклерата, одн. ћерке-наследнице. Ћерка-наследница није имала никаква овлашћења на имовини и она је била само веза у преносу имовине са њеног оца на њеног сина, па су све одредбе у вези са овим институтом имале за циљ одржавање породице, односно спречавање њеног гашења. То, даље, значи и одржавање права те породице на коришћење клера, пошто је клер могла користити само породица. Временом долази до проширивања права индивидуалних породица и формирања приватне својине, при чему је у време Гортинског законика првенствени интерес и даље био очување породичног култа.

Када су у питању облигационоправни односи по Гортинском законику, аутор напомиње да се они не могу посматрати у светлу савремених односа и института, али да су ипак присутни у архаичном облику и то првенствено као уговори и деликти који имају облигационоправне последице. Уговор је неформалног карактера, мада има назнака да је можда закључиван у присуству сведока, и најчешће су њиме уређени купопродаја, поклон и залога, уз сва ограничења ових института у погледу заштите породичног култа и породичне имовине. Интересантно је постојање залагања личности, после чега лице које је заложило своју личност постаје дужнички роб.

Гортински законик почиње колумнама које се односе на судски поступак и судије, јер је циљ државе био да ојачају значај суђења и судских пресуда. Судије су у прво време биле племенске старешине, зване *козмоси*, али се временом судска улога пренела на магистрате, да би се и међу њима развила специјализација по предметима суђења. Поред судија, у судском поступку улогу има судски чиновник *мнамон,* који је имао задатак да памти ток поступка јер писменост није била развијена. Гортински законик отклања самопомоћ инсистирајући на судском поступку (у оквиру кога није раздвојен грађански или кривични поступак), али са још увек архаичним доказним средствима. Међутим, забрана самопомоћи се односила искључиво на самостално предузимање радњи у току трајања поступка, а не на самопомоћ при извршењу пресуде. Законик је имао процесне одредбе, с тим што је већим делом уређивао материјално право, уводећи нове односе уз очување старих архаичних правила. Из области кривичног права детаљно је регулисао институте силовања, прељубе и завођења ћерке-наследнице, чије последице могу бити значајне у односу на очување породице и породичног култа.

Генерални закључак професора Аврамовића у односу на читав Законик јесте да је законодавац хтео да учврсти правне прописе у новим економским и друштвеним условима и потребама, чувајући

при томе архаично право. Коначно, у свом савременом закључку, аутор оцењује да Гортински законик садржи елементе присутне у сваком раном грчком полису, који се односе на следеће: постојање остатака колективног облика присвајања и значај родовско-племенских института, заступљеност патријархалних породичних заједница, еволуирање породичних заједница ка индивидуалној когнатској породици, архаичне реликте старих племенских схватања о потреби продужавања породичног култа и религије, присуство института ћерке-наследнице (који има за циљ одржање старих схватања али уједно и увођење нових економских потреба), одсуство института тестамента и присуство института адопције.

Књига „Рано грчко право и Гортински законик" проф. др Симе Аврамовића, омогућава схватање и сагледавање правне, политичке и друштвене слике једног историјског периода, у светлу преплитања старог и настајања новог времена. Књига се завршава текстом Гортинског законика дуално приказаног на старогрчком језику и на српском језику, при чему је превод на српски сачинио сâм професор Аврамовић. На овај начин, читаоцу је пружен директни паралелни увид у сваки правни институт и свако правно тумачење аутора. Посебна специфичност овог, за науку значајног, дела огледа се и у чињеници да читалац истовремено прати метод којим два профила истог научника оцењују, проверавају и стављају, тезу по тезу и закључак по закључак, у актуелни временски оквир и научна сазнања. При томе је свеобухватно и вредносно објективно представљена правна историја једног културолошког простора који се, с правом, може назвати колевком вредности савремене цивилизације. Наведену књигу ће у једном даху прочитати научници који изучавају античку правну историју и филозофију, љубитељи грчке уметности и митологије, студенти правних и друштвено-хуманистичких наука, али и други заљубљеници у грчко сунце које вековима обасјава таблице Гортинског законика.

Рад приспео / Paper received: 25.11.2020.
Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 21.12.2020.

Ђорђе СТЕПИЋ*

ИНТЕРВЈУ: ПРОФ. ДР ДРАГОЉУБ „ГАША” ПОПОВИЋ**

Професор Драгољуб Поповић један је од наших стручњака у области правне историје, уставног права, упоредног права и међународног права људских права.

Рођен је у Земуну, 25. јула 1951. године. Школовао се у Београду, где је дипломирао 1974. године на Правном факултету као студент генерације, са просечном оценом 9,81. На истом факултету је магистрирао 1978. и докторирао 1984. године. Положио је правосудни испит, и носилац је дипломе трећег степена упоредног права, стечене на Међународном факултету за упоредно право у Бриселу 1985. године.

По завршетку основних студија, радио је као правник у привреди. Од 1980. до 1998. био је запослен на Правном факултету у Београду, где је прошао пут од асистента до редовног професора. Предавао је Општу историју државе и права и Велике правне системе.

Каријера на факултету му је прекинута због неслагања с репресивним Законом о Универзитету из 1998. године. Од 1998. до 2001. године био је адвокат у адвокатској канцеларији „Марковић” у Београду.

Почев од фебруара 2001. радио је на Институту за федерализам Универзитета у Фрибуру, у Швајцарској, као гостујући истраживач. Од октобра 2001. до септембра 2004. био је амбасадор СР Југославије, а потом Србије и Црне Горе, у Швајцарској. У школској 2004/2005.

* Интервјуиста је студент четврте године основних академских студија Правног факултета Универзитета у Београду, *stepic.dj@gmail.com*

** Разговор је вођен у просторији Семинара за правну историју (Forvm Romanvm) Правног факултета Универзитета у Београду. Видео снимак интервјуа може се видети на *YouTube* каналу „Весника правне историје” – *https://www.youtube.com/channel/UCTorTliVwloaGPAYzFm-BSw*

г. почео је да предаје на Правном факултету Универзитета Унион у Београду. Од 2005. до 2007. године био је председник Српског удружења за уставно право. За допринос уставном праву добио је награду „Миодраг Јовичић" за 2010. годину.

Од 2005. до 2015. био је судија Европског суда за људска права у Стразбуру. Од 2015. г. је адвокат у Београду.

Говори енглески, француски, немачки и италијански језик.

Поред дела из различитих области правне науке (*Оглед о одговорној влади на примеру њеног настанка у Француској*, 1993; *Прапочетак српског парламентаризма*, 1996; *Стварање модерне државе*, 2002; *Увод у упоредно право* 2011; *Европски суд за људска права*, 2008, 2017; *Европско право људских права*, 2012, 2016; *Comparative Government*, 2019), писац је и више књижевних дела. За први роман, „Петар међу причама", добио је награду Исидоријана за 2004/2005. годину. Објавио је шест романа и две књиге есеја.

Предавао је као гостујући предавач на више европских и северноамеричких универзитета.

Разговор је водио Ђорђе Степић, 18. новембра 2020. године.

Ђорђе Степић: *Поштовани професоре, пре свега, хвала Вам на овој прилици за један неконвенционални разговор у Вашој „првој академској кући", а за потребе читалаца међународног студентског академског часописа „Весник правне историје".*

Премда сте широј јавности можда познатији по свом дипломатском ангажовању и као судија Европског суда за људска права, на шта ћемо се осврнути мало касније, ипак сте своју научну каријеру почели као правни историчар. Шта је конкретно определило Вас за ову област проучавања?

Проф. др Драгољуб Поповић: Одговор на то питање је врло једноставан – љубав према историји. Ја сам у ствари хтео да студирам историју, па се онда нисам одлучио за то, мислећи да нема много различитих каријера које човек може са тим факултетом да направи, те да бих био предвиђен за то да предајем историју у школи. Онда сам уписао Правни факултет и доспео да предајем историју на Правном факултету, што је на неки начин слично, ако не и исто. И то је можда један пример како човек не може да побегне од своје судбине или од своје суштине, како хоћете. Дакле, љубав према историји ме је довела до правне историје и то је врло једноставан одговор на Ваше питање.

Ђ. С.: *Како је изгледало Ваше школовање на Правном факултету 70-их и 80-их година прошлог века? Колико се оно разликује, рецимо, из Вашег искуства (као предавача), од данашњег студирања?*

Д. П.: Кад ме то питате, највише се разликује зграда Правног факултета, која је иста, али је унутрашњост промењена. Сад је много занимљивија, комфорнија, па смем рећи и хуманија – захваљујући нашим деканима и, могу с поносом да кажем, и захваљујући деканима моје генерације: Мирку Васиљевићу нарочито, али и Сими Аврамовићу – они су унапредили зграду. Саме студије су биле нормалне за оно време, вероватно сличне садашњим. Мање сам волео предавања, више сам волео вежбе, јер су биле интерактивне. То мишљење сам променио кад сам постао професор. Сад више волим предавања. У ствари је невоља са Правним факултетом, са свим правним факултетима у овој земљи, што имају велики број студената. Најбоље је бити негде на средини између предавања и вежби, дакле најбоља су предавања за мањи број студената. То задовољство сам имао у Америци кад сам био гостујући професор – онда сам видео како је то најбоља варијанта. Контакт је жив, предавање интерактивно, студенти могу да реагују, професор мање-више познаје студенте, и због тога сам некад више волео вежбе. Иначе, учио сам са својим другом, после кумом, Слободаном Марковићем, с којим и сад сарађујем јер сам адвокат у његовој канцеларији, коју је он основао. Па, као што смо некад спремали испите, сад заједно спремамо неке од предмета. Не знам шта бих Вам друго рекао, није било ничег посебног, неке велике разлике, изузев комфора у овој старој згради.

Ђ. С.: *Можда је томе допринело то што је у време бивше Југославије било доста више студената, чак и у поређењу са овим великим бројем данас?*

Д. П.: Ја не знам колико је сад, кад сам се уписао било је 500 редовних и мислим 250 ванредних, то су ваљда самофинансирајући данас. Не знам колико се уписује ових дана, ових година.

Ђ. С.: *Сад се уписује негде између 1400 и 1500.*

Д. П.: То је још више...

Ђ. С.: *То је још више, да...*

Д. П: Међутим, како се то сад модерно каже, *peak*, врх је достигнут између тог времена и овог тренутка. Било је година кад су уписивали по 2000, 3000. На срећу, више није толики број.

Ђ. С.: *То омогућава ипак боље услове рада и студија.*

Д. П.: Јесте.

Ђ. С.: *Након студија сте магистрирали, положили правосудни испит и докторирали. Е, сад, за једног правника то су обично неки преломни тренуци у каријери. Како сте их Ви доживљавали? Који је, рецимо, Ваш савет за некога ко ће поћи путем науке, праксе, или и једног и другог?*

Д. П.: Нисам осећао те тренутке као преломне. На пример, магистратуру сам наставио одмах после студија. То је као данас кад се студирају мастер студије, скоро да је било исто или врло слично. Затим сам радио у привреди пар година и положио правосудни испит. И, ако хоћете, пошто ме провоцирате да дам савет – савет је да урадите то све на време и што пре. Те формалне ствари треба обавити док сте млади, лакше се положе испити и некако сте свежији. После тога сам прешао на факултет, мислим да је то било 1. фебруара 1980. године, ако се добро сећам, и овде сам био лепо примљен, не само од стране моје професорке Љубице Кандић, којој сам био асистент, него и од осталих професора на катедри. Лепо су ме примили, рецимо, професори римског права Јелена Даниловић, Драгомир Стојчевић, професори националне историје, Мирко Мирковић, Драгош Јевтић, и није било никаквих проблема да се уклопим у ту средину. Лепо смо сарађивали и увек имам сећања која су пријатна на то време сарадње и рада на катедри за правну историју на овом факултету.

Ђ. С.: *Хвала Вам што сте подсетили можда неке будуће или актуелне генерације студената на та велика имена Правног факултета.*

Д. П.: Молим.

Ђ. С.: *Они су део прошлости, а богами и будућности, како правне историје, тако и самог факултета. Е, сад, можда једна непријатнија цртица. Године ‘98. сте, попут једног броја Ваших колега, отпуштени са факултета, у сладу са тадашњим Законом о Универзитету.*[1] *Шта је у том тренутку значило бити професор права, када сте суочени са таквом једном неправдом, па и неправом?*

Д. П.: Да, мислите кад Вам одузму катедру, а немате шта да радите. Али имао сам положен правосудни испит, и одмах сам прешао у адвокатуру. Сарађивао сам с кумом, прешао сам у његову канцеларију. Што се тиче избацивања, рекао сам себи: „Не волим ни да радим на таквом Универзитету с којег се људи избацују”. У то време су нас но-

1 Закон о Универзитету, „*Службени гласник РС*”, бр. 20/98.

винари понекад питали, тако, да дамо изјаве: „Шта мислите о томе...” и сећам се да сам – то је био неки интервју у овом нашем бифеу, где сам неком новинару саопштио мишљење које и даље заступам – у ствари сам цитирао један Арагонов (*Louis Aragon*) стих, који гласи овако: „А кад би требало поново; опет бих истим путем” – „*Et s'il était à refaire; je referais ce chemin*”. И то је цео мој коментар, мислим да је између џелата и жртве само један избор моралан. Морате стати на страну жртве и не видим шта бих Вам друго о томе рекао.

Ђ. С.: *Ваша каријера је текла од правне историје, преко уставног и упоредног права. Даље сте се нашли као дипломата и као судија Европског суда за људска права. Са садашње временске дистанце, колико Вам чудно изгледа тај стручни пут, или је то кретање дошло некако органски?*

Д. П.: У праву сте, та путања изгледа необично, али бих рекао да није нелогична, ако се узме у обзир да је на појединим тачкама тога пута интервенисао случај. Ја сам почео као историчар приватног права и магистратура и докторат су ми из историје приватног права. У докторату сам већ дошао до приватног права новог века. Тек што сам завршио докторат, појавио се, у овој просторији – још увек се сећам – један господин, који је дошао да позове чланове наше катедре за правну историју на једно саветовање које су организовали новинарско удружење чији је он био председник и Академија наука. Мислим да се тај господин презивао Марјановић, нисам сигуран. Још га се сећам. Био је сед, достојанствен, имао је доста косе, а и неговану седу браду и бркове. Саветовање је било о Димитрију Давидовићу, који је био и новинар и писац нашег првог Устава. И тад сам рекао себи: „Па зашто не бих ја нешто написао о томе?” То је био почетак мог бављења уставном историјом. Пребацио сам се од приватног права на уставно право полако, током времена. У то време је одржан – не сећам се тачно године, мислим ‘83, то је било још, значи, мало пре, мој докторат је од ‘84. – Први светски конгрес за уставно право; оснивачки конгрес Међународног удружења за уставно право. Недавно преминули професор Павле Николић је позвао нас млађе да сарађујемо у организацији. Било нас је неколико: Јасминка Хасанбеговић, Оливера Вучић, Стева(н) Лилић, ја, можда још неко кога сам заборавио – и тако сам видео тај конгрес и слушао... Што је било врло занимљиво, на конгресу сам упознао професора Миодрага Јовичића, који је предавао уставно право у Новом Саду на Правном факултету. Спријатељили смо се и он је постао мој учитељ уставног права, на неки начин, тако да сам с њим годинама сарађивао, у организацији разних саветовања, писању књига и тако даље... Тако сам прешао на

уставну историју и полако на уставно право, које сам после узео чак и да предајем.

У то време, то је било сад још мало раније, тек што сам доспео на факултет, била је понуђена некаква стипендија за упоредно право – месец дана течаја упоредног права у Стразбуру. Колега Жика Бујуклић и ја смо то погледали, па смо рекли себи: „Што да ми не одемо тамо, хајде да пробамо...” Упоредно право ме је привукло. То је једна материја којој сам остао веран до данас и која је моја велика љубав. После сам завршио цео тај течај Међународног факултета за упоредно право, који има три степена. Два пута сам био у Стразбуру, а трећи пут сам ишао у Брисел и тамо сам добио диплому упоредног права, с којом не можете да се запослите, то Вам је, овако, спортски живот, али ми је мило што то имам. Полагао сам испите на страном језику, пред страним професорима и то је било велико искуство. Остао сам компаратиста све до данас и веома волим упоредно право.

Доцније сам, опет – игром случаја, постао судија Европског суда за људска права, али нисам се бавио међународним правом. Ја познајем само материју људских права, која је, као што знате, између уставног и међународног права. И ето, кад се овако исприча, чини ми се да делује логичније, него кад прочитате негде да се бавио овим-оним, то је све један, како Ви кажете, органски развитак, пресечен случајевима, односно интервенцијама случаја.

***Ђ. С.:** Да се вратимо на ону Вашу реплику о томе како не можете побећи од онога што Вам је намењено, дакле од правне историје и студија на Филозофском факултету, исто тако је тај одлазак у Стразбур можда могао бити индикативан за оно што ће доћи.*

Д. П.: (Смех) Па да, и то је случајно, случајно се ти курсеви организују у Стразбуру. Организовао их је професор Риг (*Alfred Rieg*), који је давно преминуо (1999. године). Он је био и гост овог факултета – ја сам га водио у Кладово и ваљда ту негде и по граду. Иначе, док сам био асистент имао сам то задовољство да кад дође страни професор, онда ме наши професори ангажују да га шетам по граду. Тако сам постао водич кроз Београд и то ми је пријало и било је занимљиво. Научите и ви сами о свом граду више него што сте раније знали.

Дакле, то је било случајно, и кад сам доспео у Стразбур после много година – не могу да се сетим колико је прошло, било је доста – тај град је стар, није се мењао, ја сам мислио да се сећам добро, изишао сам на железничкој станици, а онда сам се успаничио: „Ух, куда сад?” Сетио сам се да морам само право и да ми станица остане за леђима,

и тако сам се некако оријентисао. Заборави се, ипак не можете толико да памтите, промене се радње, није све исто, иако су зграде остале такве какве јесу...

Ђ. С.: *Градови понекад знају да функционишу као сопствени организми, као посебни системи...*

Д. П.: Јесте, поготово Стразбур, који је један леп град. Он има три дела – не знам јесте ли били у Стразбуру?

Ђ. С.: *Нисам имао прилике.*

Д. П.: Најстарији део је из времена кад је Стразбур још био независан, самосталан. Французи су га освојили крајем 17. века. Онда долази део који је изградила Немачка, пошто је Немачка држала Стразбур од 1871. до краја Првог светског рата, до 1918. После тога имате трећи део с модерним европским установама, где су палате Суда, Савета Европе, Европског парламента и тако даље... Постоје у граду три слоја и они су видљиви, град је веома занимљив и пријатан за живот.

Ђ. С.: *Као студент, а после и као научни делатник који живи и ради у иностранству – ево једно мало филозофско питање – да ли сте своју науку усавршавали кроз добро познавање страних језика, или сте стране језике више усавршавали кроз бављење науком?*

Д. П.: То је добро питање. Да, и има тог међусобног утицаја. Међутим, ја сам стране језике научио на један помало необичан начин у Београду. Ја сам већ знао француски кад сам отишао у Стразбур; знао сам и немачки.

Знате како, моји родитељи су хтели да ме дају на све, а ја ни за шта нисам имао смисла. За музику нисам имао талента, за цртање још мање и тако даље... И онда једино што сам могао, учио сам стране језике и то ме је привлачило. Једна госпођа, која је била пријатељица мојих родитеља давала ми је часове... Ми смо у почетку плаћали те часове, после се ја за то више нисам занимао, и мислим да сам часове чак добијао бесплатно. Госпођа код које сам учио стране језике звала се Алиса Вртачник, девојачки Ковачић. Била је врло занимљива личност и ја сам све стране језике које знам научио од ње. Учио сам од своје десете године, па негде до тридесете, дакле двадесет година. Средом и суботом сам имао часове страних језика. Прво сам учио енглески, после француски, од седамнаесте године; од двадесете немачки и онда не знам кад сам почео италијански. Знам да ми је г-ђа Вртачник рекла: „Па да, четврти језик се најлакше научи, зато што је четврти; то је већ лакше." Стварно није било неких већих проблема,

тако да сам већ знао те језике. Онда сам читао стручну књижевност на тим језицима, али то човек мора стално да одржава. Ево недавно сам узео и сад читам неку књигу на немачком; нисам једно време читао и већ видим да ми је мало теже, јер живим у Лозани где се говори француски, изгубио сам контакт с немачким језиком. Али шта ћете, морате бити марљиви и одржавати своју форму.

Ђ. С.: *Значи, укратко, иако можда нисте музикални, ипак сте виртуоз у ономе чиме се бавите?*

Д. П.: (Смех) Па сад, то се тешко може рећи; људи обично мисле да су они који знају стране језике музикални. Сећам се једног професора Економског факултета, који ми је једанпут рекао:

„Хајде да се учланимо у неки хор!"

„Шта ћу ја у хору?", питам га.

„Па да певамо..."

„Ја појма немам с певањем!"

А он каже: „Па како немаш, ти говориш стране језике?"

То нема никакве везе, бар у мом случају. Вероватно је да ти музикалнији могу лакше да науче, али ни мени није било много тешко. Додуше, екстензивно сам учио. Знате, за 20 година, научио би неко ко има мање слуха и од мене.

Ђ. С.: *Добро, значи слух за музику и слух за језике не подразумевају један други?*

Д. П.: (Смех) Па изгледа, не знам.

Ђ. С.: *Да се вратимо ипак на терен правне историје – бавили сте се и правном историјом и упоредним правом. Особито је интересантно прожимање те две правне дисциплине, особито се тиме бавио један од пријатеља Правног факултета, професор Алан Вотсон (Alan Watson). Које су Ваше мисли о значају правне историје за упоредно право и упоредног права за правну историју?*

Д. П.: Јесте, те две дисциплине се некако прожимају. Упоредно право не може сасвим без правне историје. Како ћете објаснити англосаксонски правни систем, данашњи, ако не кренете из историје? Иначе, нажалост, професора Вотсона нисам стигао да упознам. Једном је Сима организовао ручак и позвао ме, али сам био заузет и жао ми је. Он је управо био то, историчар и компаратиста и има књиге

о трансплантима, о преносу правних концепата и установа из једне средине у другу. То је оно што и мене занима – правна историја и упоредно право су веома повезани, и мислим да је добро што је тако. Видите да је Сима Аврамовић, професор Аврамовић – да кажем званично – изменио назив тога предмета који смо заједно предавали. Звао се Општа историја државе и права, сада се зове Упоредна правна традиција. Мислим да је добро изабран назив, књига са таквим насловима има у Америци и то је добро погођено, то је једна врста историјске компаратистике.

***Ђ. С.:** Студенти се на овом факултету са њом сусрећу на првој години основних студија, да ли је то леп почетак за остале правне гране са којима се сусрећу касније?*

Д.П.: Јесте. И не само да је леп, него је, по мом дубоком уверењу, неопходан. Кад сам прешао на приватни факултет, тамо сам направио курс упоредног права и једну књижицу да служи студентима. Сад је она већ доста застарела, требало би је обновити и ажурирати. Мислим да на почетку студент мора да се сусретне с упоредним правом, да ли у историјској перспективи или у равни позитивног права – најбоље и једно и друго, али барем у историјској перспективи, зато да научи да његово право, право његове државе није догма. То није Свето писмо, него право које се органски развијало и дошло до оног стадијума у којем га студент проучава. Због тога је важна правна историја и упоредно право, јер развија критички суд према праву и према студијама права, ако хоћете.

***Ђ. С.:** Дакле, историја не представља само томове и томове прашњавих књига које треба знати наизуст, него напротив, представља путоказ за било коју област права којом желите да се бавите.*

Д. П.: Неки мисле управо то: да је историја оно што се налази у музејима, прашњаве књиге и тако даље. Ја мислим да је историја жива, да она живи у нама, да је ми видимо, само је треба открити, треба да будемо свесни тога. Навешћу Вам један пример: био сам млад, имао сам 21 годину када сам доспео у Грчку – то је било 1972, ја сам рођен 1951. И онда, гледајући Грчку, која је тад изгледала много друкчије него што данас изгледа, помислио сам: „Па овде се види да је ово некад била турска провинција". Историја је била жива, видите је у менталитету људи, у понашању, у реакцијама, у архитектури – у много чему, па тако је и с правом. Говори се, рецимо, о реформи судства... Ви не можете извести реформу судства, док не реформишете правне студије, да судије друкчије образујете, али то је дугачка прича, а ми се овде нисмо састали због такве приче, него због нечег другог.

Ђ. С.: *Још један мали екскурс на ту тему; наш правосудни испит је пре неког краћег времена проглашен за један од најтежих на свету, у категорији свих области научних проучавања. Да ли Вас то изненађује?*

Д. П.: Не знам, то први пут чујем, знам да су стално додавали понеки предмет. У време кад сам ја полагао било их је мање. Сад су се предмети намножили и полаже се и оно што се тад није полагало... Има и нешто још што се полаже у адвокатској комори...

Ђ. С.: *Адвокатски испит.*

Д. П.: Адвокатски испит... И сад кад сам се други пут уписивао, пре пет година, рекли су ми: „Ти имаш правосудни испит, али немаш адвокатски"... Ништа, ја се пријавим за тај адвокатски испит, али сам имао среће. Када сам доспео пред комисију они су изјавили: „Па, Ви сте били судија Европског суда за људска права!?"

„Јесам", кажем ја.

„Па немамо шта Вас да питамо."

Тако да сам се у ствари извукао. Имао сам већ питања кад су ми саопштили да они сматрају да ја не треба то да полажем, али нисам хтео да ризикујем, ипак сам се пријавио. Дакле, јесте, то бива све теже. Не знам да ли је баш најтежи – ко Вам је то рекао? Има разних формула... На пример, у Америци је то добро решено – не знам колико вам је познат њихов систем. Не можете студирати права одмах после гимназије, морате завршити нешто друго, било шта: језике, географију, хемију, налазио сам чак студенте машинства, односно машинске инжењере и тако даље... Тек после можете студирати права. Права трају три године, и после тога се они одмах пријаве на правосудни испит. Студенти ми кажу да је то тешко. Сећам се једног студента који ми је рекао: „Знате већ почињу да ме питају татине колеге за неке савете, а ја појма немам!" Ипак је одмах изашао на испит и то је добро. Боље је у једном цугу то урадити. Тамо се добије још и диплома JSD (*Doctor of Juridical Science*), постанете доктор права, тако да сте све решили. Ако хоћете да се бавите науком, то је друго. Онда ћете истраживати и тако даље, па ћете радити нови докторат – PhD (*Doctor of Philosophy*). Њихов испит је, мислим, само писмени, с оним бескрајним питањима с алтернативним одговорима. Ја сам увек више волео усмене испите док сам студирао. На правосудном су била два писмена – не знам колико сад има – да напишете грађанску пресуду и кривичну; или оптужни предлог или тужбу и тако даље; и полагао сам, мислим, пет испита.

Знам да је додато међународно приватно право, кога се сви плаше и ко зна шта све још, што ми није познато.

Ђ. С.: *Док чекамо то реформисање, Ваше богато искуство у раду у међународним институцијама можда би могло да послужи као добар основ за неко саветовање у тој некој промени, у тим кретањима, па и ту – зашто се не осврнути на неку компаративну анализу – видети како је то уређено у свету.*

Д. П.: Па људи то и раде, знате, али то је доста тешко. Ту је професор Вотсон са његовим правним трансплантима – није лако пренети неки концепт или неку установу које функционишу у једној земљи у другу. Када би то било могуће, сви би усвојили шведско право и настао би рај на земљи. Има тих примера – рецимо, Турска је под Ататурком (*Mustafa Kemal Atatürk*) усвојила швајцарско законодавство у приватном праву и италијанско у кривичном праву, али то су изузеци. Доста је тешко... Жале ми се, рецимо, неки наши људи из администрације и из невладиних организација. Кажу: „Ови странци који долазе, они нас не разумеју! Дође, рецимо, канадски правник, па нам даје савете, а ми то тешко можемо да применимо..." Зато је доста компликовано... Свака реформа је један осетљив посао и треба јој приступити с великом пажњом и припремама. Ја мислим и даље инсистирам на томе, да глобално посматрано реформа права мора да почне од реформе студија, од правних факултета. Нажалост, бојим се да ће реформа на Правни факултет стићи после реформе у законодавству.

Ђ. С.: *Добро, некад ствари иду обрнутим редоследом, али ето, ово нека служи као савет и као упозорење за некога ко се лати тог посла.*

Из Вашег искуства као судије Европског суда за људска права – да пређемо на тај део Ваше каријере – који су најчешће правни проблеми са којима наши сународници излазе пред међународни суд?

Д. П.: Слично питање ми је постављано док сам био судија, али у другом облику: „Има ли нечег специфично нашег?" Не знам зашто ми волимо да будемо особени... Најчешћи проблеми су они банални, рецимо, дужина трајања поступка, таквих предмета има много. А оно што је донекле специфично, то су дуговања предузећа у друштвеној својини, која је у међувремену укинута, према запосленима. Као што знате, то је био велики проблем и поставило се питање да ли држава треба да плати те дугове. Европски суд је стао на гледиште да је држава ипак одговорна, јер та предузећа нису била приватна, држава их је контролисала или бар надзирала на један ефикасан на-

чин, путем избора директора, утицаја на политику предузећа и томе слично. То је једна наша специфичност. Ту је било некаквог врлудања у погледу судске праксе, односно врлудања у пракси Уставног суда, пошто је тај суд био у дијалогу, како се то данас каже, с Европским судом, али се систем сад усталио. Чини ми се да су људи који су имали таква потраживања и правоснажне пресуде којима су потраживања утврђена успели да наплате та потраживања у одговарајућем износу. То би била једна наша специфичност.

Иначе, друге ствари су као и свуда. Неких класа предмета има мање. На пример, не знам како је сад, али до пре пет година, док сам био тамо и могао сам боље да пратим, није било много затворских предмета из Србије. Ја се, наравно, не бавим кривичним правом; појма немам каква је ситуација у нашим затворима, али сам скоро сигуран да није баш блистава. Међутим, да ли то решава корупција, репресија, не знам шта... углавном, није било много затворских предмета, што ми је на неки начин било чудно. На пример, Румунија је имала огроман број затворских предмета; исто и Турска и неке друге земље, сад не могу да се сетим... док Србија у том погледу није тако лоше стајала.

Ђ. С.: *Имајући у виду ово што сте рекли, какав утисак може да стекне неки посматрач са стране о стању у нашем, српском правном систему? Да ли, компаративно посматрано, „стојимо добро" или ипак, попут оног што студенти не желе да чују, да се ипак „видимо у неком наредном року"?*

Д. П.: Ако дозволите, мало бих се успротивио тону Вашег питања. Некако провејава мисао као да сте хтели рећи: „Да ли смо достигли неку тачку на којој смо мирни и онда, од тад, па надаље знамо да је све у реду?" Мислим да је то нереално. Морамо стално радити на заштити људских права и на унапређењу заштите људских права. Не постоји неки тренутак, нека тачка, неки ниво, који би био довољан у том погледу. Увек се мора напредовати и радити даље. Заштита људских права код нас има својих проблема – они су сложени и требало би нам једно предавање од 45 минута да то расправимо. Мислим да треба радити на унапређењу заштите људских права и да је то посао судова, Уставног суда, али и административних власти; па и факултета и науке. Треба ширити свест о људским правима, да људи који примењују право, тај правни персонал, како то кажу Французи, буде свестан да треба да буде на услузи грађанима и да се превазиђе један бирократски однос према грађанину када се појави, рецимо, пред шалтером и томе слично. На томе треба радити, дакле, ја не знам, морали бисмо анализирати случајеве па да видимо како стојимо. И

опет су закључци несигурни. Не можете рећи да је земља А боља од земље Б, нека има више, нека мање предмета пред Судом; онда наиђе нека класа предмета која повуче... Једно време Србија је имала велики број предмета, после је то смањено и тако да мислим да смо ту где смо, као што знамо и Ви и ја, и да би требало да буде боље и да на томе треба радити.

***Ђ. С.:** Питање је било мало провокаторски, слажем се, али све у доброј вери; и ја сам на сличном становишту, налик Вашем. А пропо бирократије, чини ми се да је Матија Бећковић својевремено изјавио да „нигде није човек толико мали као испред шалтера нити толико велики као иза шалтера.”*

Д. П.: (Смех) Да, да, то је тачно.

***Ђ. С.:** Апропо стања у правном систему: као конституционалиста писали сте неколико пројеката устава за наше, српске, да кажемо, инстант државне заједнице, с краја претходног и почетка овог века. Колико Вам значи Ваше знање из правне историје и, наравно, упоредног права као једном уставописцу?*

Д. П.: Најпре морам да Вас исправим: ја нисам учествовао у писању Устава (Уставне повеље) Државне заједнице (Србије и Црне Горе), нити (Савезне Републике) Југославије, једино сам учествовао у писању садашњег Устава од 2006, Устава Републике Србије, који и данас важи. Настала су, као што знате, два нацрта: председнички и владин. Ја сам учествовао у састављању председничког нацрта. Та два нацрта су била врло слична и онда су двојица политичара, који су истовремено и професори права, сели и од та два нацрта направили један који је отишао пред Народну скупштину и на референдум. Наравно да је знање упоредног права важно. Не могу сад да се сетим неких детаља, али све у свему посматрано, тај рад је испао прилично несрећан. Ја мислим да наш Устав нема текст којим се они који су га писали, па значи и ја, могу похвалити. Различити су разлози за то. Има их више. Прекосутра[2] ће бити једно саветовање на којем ћу поднети реферат под насловом: „Устав Републике Србије од 2006. у историјској перспективи”. Моја је теза да наш садашњи Устав вуче корене из социјалистичке уставности некадашње Југославије. Слажем се с Ратком Марковићем, писцем Устава од 1990. да је Устав од 2006. само ревидирани Устав од ‘90, који и сам није био добар и да Вас сад не гњавим детаљима... Дакле, требало би да упоредноправно знање помогне више, али помогло

2 20. новембра 2020. године.

је врло мало. Не кајем се што сам учествовао у писању Устава, али признајем кривицу. Део кривице је мој, а који је то проценат тешко је рећи. Све је то био колективни рад, али криви смо заиста и ми експерти. Требало је да се одупремо политичарима, што није било лако. Знате, дођу политичари и кажу: „Јесте да треба", на пример, „смањити број посланика у Народној скупштини". То је био један од предлога експерата, да уместо 250, буде 150. „Да, да, могло би, јесте, у праву сте, али ипак боље да остане 250" и тако даље и тако даље... Тако се писао Устав и резултат је тај који Вам је познат и мислим да је ред да признам да је део кривице до моје маленкости, али тешко да ће наступити неко време у којем ће експерти моћи да дају савете који ће бити радо прихваћени од политичара.

Ђ. С.: *Ево, рецимо, Емил Зола „оптужује", а Ви кривите самога себе, тако да је и то нека интересантна паралела. Да ли бисте хтели да истакнете још неке цртице о тим пропуштеним шансама Устава из 2006?*

Д. П.: Рецимо, полупредседнички систем, ја не знам чему... Знате, треба схватити ту атмосферу – о томе није било дискусије. Полупредседнички систем опстаје. Зашто се не би председник бирао у парламенту? Ја сам присталица парламентарног система и кад бих писао нацрт Устава Републике Србије сам за себе, односно, по својој вољи, предвидео бих парламентарни режим, дакле да председник не буде директно изабран, јер то има својих проблематичних страна и да сада не улазимо у то. То је, рецимо, један пример.

Други пример – број посланика, који сам већ навео.

Трећи пример – регионализација земље. О томе сам давно писао и с професором Јовичићем врло много разговарао. Он је објавио једну књигу, али нажалост, можда је сад прилика да то кажем: проф. Јовичић и ја смо били присталице – ја сам и остао, он је преминуо – регионалне државе, регионализоване државе, државе подељене на регионе, као што су Италија и Шпанија. Међутим, већ ова два узора Вам говоре како смо с нашом тезом у ствари пропали. И Италија и Шпанија су у проблемима; Шпанија поготово, али ни у Италији регионализам није баш много срећан. Ето, некад и експерти нису у праву, односно, то што они мисле, пошто су професори, мало буде у дискрепанцији с реалношћу. Ја сам и даље присталица регионалне државе, мислим да је то боље, због многобројних разлога, него ово уређење које сад имамо, које је хибридно...

***Ђ. С.:** Асиметрична аутономија...*

Д. П.: Асиметрична... Имате аутономију Војводине, да не говорим о Косову и Метохији, и град Београд, који је у посебном положају, и остатак који је недефинисан. С тим што положај града Београда чак није уставно дефинисан, то је на основу законодавства и тако даље. Према томе, нису ни експерти увек у праву, ја се слажем, али потребна је боља сарадња експерата и политичара, да би се стигло до једног финијег уставног текста.

Онда, на пример, дефиниција државе. Погледајте члан 1. Устава '90. и члан 1. Устава 2006. Бољи је текст Ратка Марковића. Онда се то преправљало, унете су европске вредности, што је добро, али је стављено да је држава српског народа, што је у контрадикцији с наводом у једном другом члану, који каже да свереност потиче од грађана. И онда вечита дискусија: је ли држава национална, није национална, и тако даље. Погледајте Устав Републике Хрватске па ћете видети – врло елегантно, врло добро су савладали тај проблем и кад читате текст изгледа Вам да је то једна потпуно грађанска држава. Међутим, ми знамо из праксе да је Хрватска бар исто толико национална држава као и Србија. Не мора то тако грубо писати у уставу! Да Вам наведем још један пример, у Америци сам предавао упоредно уставно право, а студенти су на крају писали радове, то је једна њихова обавеза. И онда је неко узео словеначки устав, а неко други, не знам ко је био, узео „косовски".[3] Кад читате текст, „косовски устав" је много бољи. Наравно, ја им кажем:

„Па слушајте, кад би Вам неко понудио да живите на једном или на другом месту, вероватно бисте изабрали Словенију, верујте ми."

„Знам", кажу, „али пазите – у косовском уставу: па заштита мањина, па гарантована српска места..."

Све је то лепо на папиру – у словеначком уставу тога нема. Тако да, кажем, потребна је сарадња политичара и експерата и потребно је осећање за друштвени живот, друштвену средину и добра воља, у сваком случају, да би се написао добар уставни текст.

***Ђ. С.:** Да ли је устав у том смислу, као један правнополитички симбиот који избегава елегантне формулације, а тежи остварењу свих начела заштите људских права, то јест устав који је „грубље" писан*

3 Косово и Метохија јесте аутономна покрајина у саставу Републике Србије, стога ће се највиши акт проглашен од стране институција ван њеног правног поретка означавати наводницима.

– коме фали елеганције, а има мањак дискрепанце (између текста и фактичког стања) с једне стране, а са друге стране устав који тежи за елеганцијом, али је не прати (фактички), као Ковачевићев Радован Трећи, „сам себи највећи крвник”?

Д. П.: Подсетили сте ме на један догађај: (проф. Миодраг) Мишко Јовановић је организовао саветовање – овде је било, у овој згради, у оној нашој доњој сали – на које је позвао једно велико име, америчког професора с Харварда, Марка Ташнета (*Mark Victor Tushnet*), који је недавно отишао у пензију. Тад је још био активан. У једном тренутку, било нас је можда петнаестак на саветовању или двадесетак, развила се расправа о уставима у новим демократијама у Европи, и онда је професор Ташнет упитао: „Па добро, Ви сте донели уставе да конституишете своју заједницу, сад после пада комунизма”. Успротивио сам се рекавши – мислио сам да сам био једини у сали који је учествовао у писању једног посткомунистичког устава – да ми у Европи, у Источној Европи немамо тај однос према уставу који имају Американци. Тамо је устав створио нацију – код нас је нација старија од устава. У српској историји, као што знате, променило се доста устава. И подржао ме је бугарски учесник, који је рекао да је осећање у Бугарској исто као и код нас: устав је један закон, мало друкчији од других закона, основни закон, али тај устав може да се мења и устав је еманација нације, нације старије од устава; нација надживљава устав. У Америци је осећање друкчије.

***Ђ. С.:** Да ли је највећи проблем наших устава та њихова рапидна промена, та нека велика склоност да уставе врло лако шаљемо, као неке друштвене системе, на ропотарницу историје и шта то говори о нама као нацији?*

Д. П.: Јесте, то је велики проблем. Не знам шта то говори о нама као нацији, нисмо ми једини који мењамо уставе, али устав се не би смео често мењати. Најбоље је да траје, ако може, вековима, као амерички. Међутим, успешни устави ево трају деценијама, као немачки и француски од ‘58. Дакле, тешко је рећи шта одржава устав у важности, на снази. То је ствар за политичку социологију, друштвена ситуација која чини да се грађани добровољно подвргавају уставу, да га сматрају ваљаним, у елементарном смислу речи. И то се може постићи. Ето, немачки устав је добар пример, више је од 70 година како се тај устав примењује... Овај наш од 2006, 14 година – ни то није мало, ако знате за нашу бурну уставну историју. Али мислим да би требало покушати, само сад ситуација није добра, да се донесе један устав који ће бити дужег трајања.

Ђ. С.: *На трагу оног што сте рекли: у америчком праву постоји категорија „constitutional vagueness" – замагљеност устава: једноставно, коришћење широких формулација, особито у материји, рецимо, људских права, која дозвољава јуриспруденцији највиших судова, особито Врховног суда, да проширује полако оно на шта се Устав односи и можда је у томе тајна те дуговечности поред тог политичко-социолошког (момента)...*

Д. П.: Не знам, немојте ме вући за језик, то је доста компликовано у Америци... Јесте, тако ми гледамо на њихов устав и тако гледају неки Американци. Међутим, међу конзервативним Американцима и америчким правницима преовлађује такозвани оригинализам – устав се мора тумачити онако како пише. Шампион тога био је недавно преминули судија Врховног суда Скалија (*Antonin Scalia*). Наравно, то је сад велико питање, али из овог што сте рекли требало би извући поенту, а то је да постоји неки уставни чинилац који може непобитно утврдити шта је устав – то је Врховни суд. То је оно што ми се чини да недостаје код нас: није да недостаје суд, већ недостаје устаљена судска пракса, али то је део велике приче коју ја сад не бих почињао...

Ђ. С.: *Ево пре неких месечак дана (27. октобра) се у Врховном суду обрео још један оригиналиста, судија Барет (Amy Coney Barett); новоизабрана је велики поштовалац правне филозофије судије Скалије, тако да можда то доводи до тога да ће Америка остати на истом трагу и да у том погледу за њих (оригиналисте) „нема зиме".*

Д. П.: Видећемо... да, тешко је рећи, али важно је да Врховни суд има ауторитет, и кад Врховни суд нешто пресуди, онда је то тако. Сетите се избора кад су (кандидати) били Буш (*George W. Bush*) и Гор (*All Gore*); проблем је био да ли су они листићи који су попуњавани овако или онако валидни или не. Кад се Врховни суд изјаснио престала је даља расправа, јер сви уважавају пресуду Врховног суда. Оно што код нас није добро у систему то је што, рецимо, Врховни суд издаје неку врсту квази-законодавства, неку врсту саветодавних мишљења; боље би било да пресуди предмет и онда знамо да ће увек судити тако. Али то је сада део приче о доктрини преседана. Немојте ме вући за језик, јер ја много волим упоредно право и угњавићу Вас.

Ђ. С.: *Остаћемо, наравно, у разговору и надам се да ће ово бити леп повод, особито ове актуелности, за неко ново предавање овде, на Правном факултету.*

Д. П.: Можда, ако будем позван, не знам. Биће онлајн, вероватно, тако да сад лакше могу да седим код куће и да предајем.

Ђ. С.: *Дуго година живите у Лозани. Видимо да сте један део свог животног пута провели у Београду и Стразбуру. И сада једно мало неправничко питање: како упоређујете те различите периоде свог живота и који су утицај ти градови имали на Вас?*

Д. П.: Признајем да нисам очекивао такво питање. Ја сам ипак Београђанин. Знате, нисам се сасвим уклопио у иностранство. То је једно.

А друго – ја без тог иностранства, у ствари, не могу. Кад дођем овде, за недељу-две се заситим и кажем себи: „Ух, добро је што могу да се вратим негде тамо!" Једном ми је покојна професорка Загорка Голубовић – њу сам срео док сам био амбасадор, посетила је Берн, па смо тамо разговарали – рекла за своју ћерку – нисам упознао њену ћерку, тад је живела у Женеви: „Знате, она је од оних који нису сасвим овде, а још су мање тамо". Чини ми се да се то односи и на мене. Свуда ми је добро, не жалим се ни у једном од та три града која сте поменули. У Стразбур сад ретко идем, али тако, волим их све, сваки град је на свој начин занимљив и пријатан и треба гледати оно што је лепо и занемарити оно што није лепо.

Ђ. С.: *Више година сте били амбасадор у Швајцарској. Колико је то време проведено у дипломатској служби утицало на Вас као правника?*

Д. П.: Као на правника? То је тешко рећи. Ја се у то време нисам бавио правом онако како се баве професори. Сећам се једном, на неком пријему ми је у опуштеном разговору француски амбасадор упутио једно питање, пошто је знао да сам ја по струци професор права; он је био каријерни дипломата, и то пред крај каријере. Сећам се тог његовог питања, онако са смешком ме је упитао: „Јесте ли сад видели како држава функционише?" И у том питању је, чини ми се, одговор на Ваше питање.

Ђ. С.: *Поред тога што сте изузетно плодан правни писац, већ безмало две деценије пловите и водама лепе књижевности. Шта разликује (ако ишта) Вас као правника (историчара, компаративисту, конституционалисту и тако даље) и књижевника?*

Д. П.: Ако дозволите, ја бих преправио питање у то: „Шта спаја...?", јер бих рекао да има спојева. Прво, ја сам београдски писац, основна радња свих мојих романа се збива у Београду – ту и тамо има неких сцена које се догађају другде. Друго, постоји везаност за право, за Правни факултет, баш овај. Тако јунак мог првог романа, „Петар међу причама", је завршио Правни факултет. Један од доцнијих јунака – мог романа „Докторанд" – је читавог живота спремао докторску тезу на овом Правном факултету. У најновијем роману, „Повратак у

Београд", у Београд се враћа човек који је једно време био асистент на овом факултету, и тако даље. Веома много има мотива, не само београдских, већ и оних који су повезани с правом и који су везани за овај Правни факултет. Можда бих некад о томе могао да говорим студентима, мада нисам сигуран да би то њима било претерано занимљиво. То је занимљиво мени.

Ђ. С.: *Овде се, ако дозволите, не бих сложио, пошто (је), рецимо, тренд да се на правним факултетима у различитим земљама уводе предмети који спајају право и друге области друштвеног деловања. Па, рецимо, Правни факултет је добио веома неопходне Право и правду. Неки факултети уводе чак предмет Право и књижевност и ако се не варам, Ви сте имали једну лепу књигу на тему српских правника-књижевника?*

Д. П.: Јесте, та књижица ми је драга. „Мисао о праву у делима српских писаца". Можда могу да Вам кажем историју те књиге, односно, како се то српски каже, бекграунд, позадину. Ја сам хтео да пишем о једном писцу и о његовом роману. То је Меша Селимовић, „Дервиш и смрт", али ми је то толико било компликовано и тешко да сам рекао себи: „То мораш да оставиш за доцније". И онда сам обрадио неколико других писаца, увек са по једним делом – Доситеј Обрадовић, Момчило Настасијевић, Иво Андрић... не могу сад свих да се сетим... Пекић има једну приповетку – и тако даље. Тако да сам онда то урадио у ствари као припрему за тај главни залогај, да загризем и да пишем о Меши Селимовићу. Нисам до данас то урадио. У међувремену ме је још један писац привукао са тог становишта – Данило Киш и „Гробница за Бориса Давидовича". Ту има много правне филозофије, и чак сам почињао и правио неке нацрте за Киша, и да напишем другу верзију те књиге, односно да је допуним, али нисам успео. Не можете тако без инспирације, морате писати кад Вам то унутрашњи живот, унутрашњи глас захтева и када Вам каже да треба да пишете.

Ђ. С.: *Евентуално да повећам тај позамашан залогај, интересантни правни и социолошки моменти постоје и у Селимовићевим делима „Круг" и „Тврђава", тако да ако би неко могао да изнесе ту систематску анализу, то бисте највероватније били Ви.*

Д. П.: О хвала, хвала! „Круг"... не сећам се да сам читао, „Тврђаве" се исто слабо сећам, јер сам просто одушевљен његовим романом „Дервиш и смрт", зато што мислим, а то сам нашао и код Андрића, да је пренео своје лично искуство у то. Знате да је Селимовићу брат стрељан, иако је био партизански руководилац? Тако је и Андрић у „Проклетој авлији" у ствари сопствену психу пренео у психу свог не-

срећног јунака Ћамила и то ме привлачи. Али, хвала вам на сугестији, покушаћу – не смем ништа да обећам.

Ђ. С.: *Да није на овим просторима било неправности онда српски писци, дакле и Селимовић и Андрић, не би имали своја најпознатија дела...*

Д. П.: (Смех) Да, па можда, можда, то је тешко рећи. То су њихове личне дилеме, као што онај дервиш који је одан, шеих Нурудин је одан вери и поретку, али онда долази с њим у сукоб и схвата да тај поредак има недостатке. То је вероватно Селимовић пресликао себе, али морао бих да седнем да проучавам, па да пишем. Видећемо.

Ђ. С.: *Ето, ближимо се крају разговора. Имајући у виду све ово о чему смо разговарали, да ли Вас је, стицајем околности, променом интересовања или из неких трећих разлога у међувремену мало напустила или на периоде остављала љубав према правној историји? Видимо да Вас је каријера водила у другом правцу?*

Д. П.: Није ме напустила, нимало. Управо је код издавача у припреми моја књига „Уставна историја Србије". У последње време, у ствари, све чешће пишем на енглеском и то ће бити „*Constitutional History of Serbia*". Никако ме није напустила та љубав. Писао сам и неке чланке о историји; један је издао Макс Планков институт. То је један велики чланак о почетку схватања људских права код нас. Онда имам у Балканици, то је Балканика из Париза од 2014/15, исто један чланак о људским правима у прва два српска устава. Није ме напустила љубав према историји, волим њоме да се бавим и колико знам и умем још увек покушавам.

Ђ. С.: *Када наши читаоци, наши студенти могу да очекују, као и шира научна јавност, „Уставну историју Србије"?*

Д. П.: „Уставну историју Србије", ако стигнем да сад, после лекторових интервенција, уредим рукопис, можда до средине идуће године би требало очекивати, али ако стигнем да у децембру то предам. Мислим да могу, али видећемо; идуће године у сваком случају.

Ђ. С.: *Унапред се радујемо.*

Д. П.: Е, хвала лепо!

Ђ. С.: *Један наш академик је својевремено изјавио у шали: „Знате ја имам само 80 година, од мене тек сад сви највише очекују". Дакле, шта можемо да очекујемо у будућности од Вас, поред „Уставне историје Србије", пре свега на том неком професионалном плану?*

Д. П.: Ако ми Бог да здравља, наставићу да се бавим овим чиме сам се и до сад бавио, полако да пишем чланке. Немам у плану неку књигу, мада сте видели из овог разговора да ту и тамо провири нека идеја, не знам. А пошто сте Ви ставили анегдоту у питање, могу и ја овако анегдотски да Вам одговорим, подсећајући се на професора овог факултета, Жику Алексића. У тој анегдоти има истине – он је тврдио како му је, кад је докторирао, неки пријатељ рекао: „Е, сад ти је крајње време да умреш, јер после више ништа нећеш написати!" (Смех) У томе има истине... има таквих професора, није то био професор Алексић, али има професора који после доктората не напишу ништа. Међутим, ето, ако будем здрав, намеравам да се и даље бавим и правном историјом и упоредним правом и, наравно, људским правима.

Ђ. С.: *Неки наши професори су управо своја највећа дела и писали у осмој, деветој деценији живота, тако да – не схватите ово као притисак – ипак очекујемо од Вас.*

Д. П.: Не, не, то је рационалан притисак, и хвала Вам на сугестији, само нисам сигуран да ћу моћи, а и немам идеја у овом тренутку, али можда ће нешто наићи.

Ђ. С.: *На крају можда (још) једно питање: колико је значајна та сарадња између старијих генерација професора и млађих – не само студената него и, да кажем, млађих делатника у науци? Да ли је то тај класичан однос ветерана према питомцима или ту може и треба да дође до неке интензивније сарадње?*

Д. П.: Ја мислим ово друго, да треба сарађивати. Што се мене тиче, склон сам да сарађујем с млађим људима. Понекад ми се неко и обрати, нешто пита, лево-десно и то је добро. Невоља је, знате, не треба никог окривљавати: ја сад тек видим колико је згодно радити кад немате обавезе да предајете. Неко је давно рекао, опет је то једна анегдота, „универзитетски посао би био одличан само да нема студената". Јер, заиста, овде професор овог факултета – да конкретно сад говоримо – је преоптерећен. Имате предавања, имате вежбе, имате испите којих има у не знам колико рокова годишње и још поврх тога треба да се бавите науком. Било би добро да се некако студије реформишу, у том смислу да остане више времена за бављење науком. Нажалост, има наших колега, и у мојој генерацији их је било колико хоћете, који баш нису много склони да се баве науком – више воле да предају или да испитују. То је ствар укуса, али ако се томе много посветите, онда нећете стићи да се бавите науком. А сарадња је свакако добродошла, али зависи од млађих. Мада чудно делује, јер

млађи не могу да наметну вољу старијем, ипак морају да му приђу и да му кажу: „слушајте, можемо (ли) о овоме и ономе да попричамо". Ако неко хоће са мном да разговара, ја ћу врло радо бити приправан за то.

***Ђ. С.:** Један од бољих савета за студирање који сам добио јесте да једина особа која толико стресно доживљава сваки испит једног студента јесте професор који га испитује.*

Д. П.: (Смех) Можда, не знам. Тешко је рећи, знате ја нисам био од оних испитивача, не знам да ли је тај израз још у употреби, које студенти зову „народна мајка". И онда кад сам био избачен и прешао у адвокатуру, бојао сам се и рекао себи: „Сад ће да ти наплате твоји студенти што си их кињио". Међутим не, тад сам се уверио у људску доброту. Ево, и сад се најежим кад о томе размишљам. Студенти су показивали симпатије за мене, чак и ти које сам обарао на испитима. На пример, један студент је био судија у привредном суду и пре него што је отворио расправу на рочишту, поздравио је мој долазак у адвокатуру, у правосуђе. И уопште кад ми је нешто требало, кад ме виде у суду, студенти су били предусретљиви и нису хтели да се освете своме страшном и незгодном професору.

***Ђ. С.:** То је оно што радује све нас који ступамо путем било правне науке, било правне праксе. А на концу свега, пре опште захвалнице и сличног, да истакнем како увек има места и треба да буде места за неки разговор и купљење искустава од некога ко се у бранши налази много дуже од нас и који је оставио такве резултате попут Вас.*

Д. П.: Хвала Вам лепо.

***Ђ. С.:** Још једном, хвала Вам на разговору у име свих слушалаца, гледалаца и читалаца нашег часописа „Весник правне историје", и надам се да ћете ускоро опет имати повода да дођете у Београд, где ћете, наравно, бити врло радо виђен гост. А, ако нисам нескроман, понудио бих се да ја одрадим Вашу функцију вођења кроз неке мање познате делове града и околине.*

Д. П.: (Смех) Може, хвала Вам лепо још једном. Врло радо!

Рад приспео / Paper received: 20.11.2020.
Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 30.11.2020.

ИЗВЕШТАЈИ С ДЕШАВАЊА

Ђина П. ГЛАВЧИЋ КОСТИЋ*

ИЗВЕШТАЈ СА ПРВЕ МЕЂУНАРОДНЕ СТУДЕНТСКЕ КОНФЕРЕНЦИЈЕ „IUSTORIA 2020: ЗАКОНИЦИ И ЖЕНЕ”

Прва међународна студентска конференција „Јусторија” (*Iustoria*), у организацији катедре за правну историју Правног факултета Универзитета у Београду, одржана је онлајн од 14–16. октобра 2020. године, на тему „Законици и жене”.

Spiritus movens Јусторије била је жеља да се пружи простор домаћим и страним студентима да искажу своје интересовање и љубав према правној историји, а тиме отпочне и лепа традиција годишњих сусрета. Учесници конференције добијају прилику да своје радове објаве у нашем новооснованом часопису „Весник правне историје”, чиме се идеја у потпуности заокружује.

Премда је планирано да се Јусторија одржи у марту, на годишњицу доношења Српског грађанског законика из 1844, противно вољи организатора, а у складу с епидемиолошком ситуацијом, конференција је прво одложена за октобар, а затим и смештена у онлајн формат, преко *Cisco Webex* платформе.

Поздравним обраћањем конференцију су свечано отворили проф. др Зоран Мирковић, декан Правног факултета Универзитета у Београду, проф. др Милена Полојац, шефица катедре за правну историју и професорка Римског права, и проф. др Драгица Вујадиновић, професорка Родног права и Политичких и правних теорија.

У три дана, колико званично траје конференција, и осам сесија на енглеском и српском језику, тридесет и пет учесника из целог света и свих нивоа студија, излагало је свој одговор на задату тему,

* Студенткиња основних студија Правног факултета Универзитета у Београду

покривајући период од антике до модерног доба, распростирући се од истока до запада. Први дан конференције био је посвећен антици и положају жена на Средњем и Далеком истоку, али и у древном Риму и Грчкој; другог дана је фокус био управљен на положај жене у средњем веку и модерном добу – цела једна сесија је била посвећена законицима Централне и Источне Европе, док је трећи дан потпуно обухватио положај жене у грађанском и јавном праву модерног доба, али и у економији.

Такође, сва три дана започета су пленарним предавањима на енглеском језику: прво уводно предавање одржала је проф. др Елизабет Холцлајтнер (*Elisabeth Holzleithner*) са Правног факултета Универзитета у Бечу, на тему „Женска права као људска права – историјски корени и данашњи изазови". Другог дана, учесницима се обратио проф. др Сима Аврамовић на тему „Може ли ћерка да продужи своју породицу?", а трећег дана проф. др Марион Ревекамп (*Marion Röwekamp*), Хумболтов професор на Мексичком колеџу држала је предавање под називом „Законици и заједнице женског протеста у европској историји, од 1794. до 1970-их".

Сиже појединачних излагања учесника Јусторије, по редоследу у програму, можете да прочитате у наставку.

ПРВО ПЛЕНАРНО ПРЕДАВАЊЕ

проф. др Елизабет Холцлајтнер (*Elisabeth Holzleithner*),
Правни факултет Универзитета у Бечу

„Women's Rights as Human Rights – Historical Roots and Current Challenges"

„Женска права као људска права – историјски корени и данашњи изазови"

Кроз густу унутрашњу структуру предавања, професорка Холцлајтнер приповеда историју женских права као историју људских, а не специјалних права, кроз све фазе и струје унутар феминизма – као заокружену историју. Од самих почетака, Францускиње Кристине Пизан (*Christine de Pizan*), „прве жене која је подигла перо у одбрану свог пола", преко преписке Адамсових и „деспотизма подсукње", до црначких феминисткиња Соџорнер Трут (*Sojourner Truth*), па и Хелви Сипилије (*Helvi Sipilä*), Елеоноре Рузвелт (*Eleanor Roosevelt*) и Ханзе Мехта (*Hansa Mehta*), пратимо интернационализацију женских права до њиховог уласка у стални темат Уједињених нација и проши-

рења агенде женских покрета са права гласа чак на опорезивање богатих, до увођења инклузивног језика у декларације и феминистичке критике феминизма.

Као да прате заповест из Повеље о правима (*Bill of Rights*) да човек има неотуђиво инхерентно право потраге за срећом, дат кроз неодређени појам *man/men* (који се може односити на човека уопште), храбре хероине феминизма иду линијом против стереотипа о жени расправљајући се с религијом (како проф. Елизабет тврди – не против религије, јер је она сама испрва призивана у корист женских права: „Христ није био женско", „А одакле Христ долази? Од Бога и жене! Човек ништа нема с њим!"), чак јавно коментаришући декларације у којима су изостављене, по цену обезглављења (попут Оламп де Гуж) (*Olympe de Gouges*). Значај женског приступа људским правима Холцлајнтер истиче кроз феминистичку критику која указује на то да правни акти уопштено садрже повреде права које типично доживљавају мушкарци, а занемарују повреде које типично доживљавају жене.

Анализу свог грађанског положаја, речима проф. Елизабет, феминисткиње су ослањале на поређење с положајем мушкарца: док је мушкарцу приватна сфера „уточиште", место где се сакупља снага за јавни живот, жени је приватна сфера опасно место, „интимни терор". Оне, стога, покушавају да добију борбу за посебно женско право гласа и утичу на креирање јавних политика; од „прислушкивања иза завесе" у својству особља на конференцијама, преко успеха да се појам пола унесе у Универзалну декларацију људских права, па до доношења конвенције с великим бројем држава потписница, женске „Магна карте": Конвенције о уклањању свих облика дискриминације над женама из 1979.

Упркос проблемима и расколима унутар феминизма – нпр. тензија између „белих западних феминисткиња" које, наводно, само обезбеђују свој напредак кроз феминизам, искључујући Афроамериканке и жене трећег света као примере женске жртве, па и тога што извесне западне државе инструментализују женску борбу како би легитимизовале војне интервенције, Холцлајтнер сугерише да се феминизам добро носи и са модерним изазовима кроз друштвено деконструисање сложеног појма рода, и уздизање женских права изнад наизглед егзотичних културних пракси, а заправо културизације насиља над женама, паролом „Без културног и религијског „смоквиног листа" за повреде женских права!", али и предочава на самом крају задатке с којима ће се феминизам зарад свог усавршавања у будућности морати да суочи.

I сесија: Положај жене на Блиском и Далеком Истоку (енглеска сесија)

1.1. The Possible Existence of Matriarchy in Egypt in the Days of Herodotus and its Potential Roots in the Culture of the New Kingdom

Први излагач, Игор Петковић са Правног факултета Универзитета у Сарајеву преиспитује могуће постојање матријархата у Египту у Херодотово време и његове потенцијалне корене у култури Новог краљевства, на основу чувеног извода из *Историје* Херодота, „оснивача египатских студија о роду". „Египћани, у сагласју са својом климом (...) и реком – која показује природу другачију у односу на све друге, успоставили су међу собом (...) обичаје супротне другим мушкарцима (...) јер се међу њима жене чешће виђају на тржницама и воде посао, док они остају код куће и ткају".

Остављајући климу и рељеф као факторе по страни, Петковић корене матријархата тражи у оскудним изворима приватног права; из рукописа изводи најчешће колоквијалне термине за жену (*hemet*) и мушкарца (*hem*) – тј. *female/male* – и брак: *ken* (имати фактички чин љубави, пољубити се), па из њих закључује да браку у Египту није био потребан правни оквир. Уместо новца коришћена је високо ликвидна роба (најчешће жито) која се није акумулирала јер је кварљива, па је врло извесно да се живело „од бербе до бербе, попут Нила". Са остраке ДМ764 изводи правило да у случају разлаза, свако од супружника има право на трећину заједничке имовине – трећа је остављена за децу. Аутор исказује сумњу у то да је женин положај побољшан добијањем трећине имовине која није у акумулираном новцу, и додаје да је Херодот вероватно желео да направи атрактивну поенту, те да је обишао само Север, конгломерат култура и трговине, другачији од конзервативног Југа. Ограђује се да цивилизација стара 4000 година није само један историјски моменат и да, будући да су модерна женска права процветала у последњих 50 година, не види зашто то не би био случај и у Египту у размаку од више векова јер „историјски одговори увек имају више углова посматрања".

1.2. Position of Women as Mothers, Daughters and Widows in Hammurabi's Code

Студенткиња Правног факултета Универзитета у Београду, Даница Карамарковић, бавила се анализом положаја жене као мајке, ћерке и удовице у Хамурабијевом законику. Ауторка испитује све

болне тачке правног положаја жене у Вавилону кроз куриозитетне институте на страни мушкарца у брачном и породичном животу: давање жене уместо себе у дужничко ропство, право на превару (могао је да превари жену с конкубином у сваком тренутку, док су жена и њен љубавник везивани бацани у воду, а алтернативно ју је опроштај прељубе водио у ропство), право да протера жену без образложења (*repudium*), и др. Њена процесна способност је захваљујући могућности сведочења била делимична.

Карамарковићева уочава усмереност законика на прокреацију, и нескривену захвалност мајци која подигне децу – одатле неплодност газдарице води у такмичење с робињом у обезбеђењу потомства (брак с робињом је био дозвољен). Ако муж занемарује жену или нађе другу у време њене болести, његово понашање постаје основ за развод брака, и ту је законик такође дубоко наклоњен жени; међутим, да би захтевала развод, морала је да важи за паметну и беспрекорну. Ћерка посвећена богу Шамашу или Мардуку, „посвећеница" предата у храм, је, упркос бављењу сакралном проституцијом, сматрана моралним бићем (за разлику од крчмарице), и једина је имала способност наслеђивања – могла је и да прими мираз и посвети га храму. За улазак у крчму, посвећенице су кажњаване спаљивањем. Ауторка обећава и елаборацију клинописних зборника који претходе Хамурабијевом законику, ради поређења.

1.3. Levirate Marriage throughout the Ages

Трећи излагач, Јан Транжик (*Jan Tranžik*), са Правног факултета Масариковог универзитета говори о левиратском браку кроз векове – унији удовице и брата преминулог мужа, тј. девера (лат. *levir* – dever), на примерима древног Израела и Ливоније (простор данашње Естоније и Летоније). Сврхе левирата су у прошлости биле многе, па их аутор набраја: ако мушкарац премине пре него што обезбеди потомство, деца из левирата у неким културама постају „деца упокојеног", удовица често остаје без имовине, па је потребно да неко „обезбеди њено благостање" – у супротном јој прети просјачење или проституција; затим, у древним јеврејским заједницама левиратом се спречавало прљање породичног имена, имовина се задржавала у мужевљевој породици и др. Овај институт се, такође, спомиње у Библији, у Деутерономији, а могао је да се избегне ритуалом „халице" (*khalitsa*), ако је, рецимо, брат супруга ожењен. Транжик описује да је жена је морала да скине сандалу с ноге девера који је одбио левират и удари га њом по лицу уз речи: „Овај човек не гради кућу свог брата!", тиме га понижавајући.

Паганска друштва Ливоније – која су такође упражњавала левират – христијанизује Тевтонски витешки ред, а, пошто је за римске католике било недопустиво да имају левиратски брак, папа Инођентије III (*Innocentius III*) издаје *Bula ecclesia* и дозвољава без образложења само свеже конвертованим Ливонцима да ожене удовице своје мртве браће. На истим просторима постојао је и ратни обичај да победничко племе киднапује све жене које пронађе управо не би ли се онемогућио левират. Појашњава да левиратски брак још није сасвим мртав, те да је најчешћи у неким курдским и јеврејским конзервативним заједницама, и у Африци, мада га сузбија пандемија ХИВ-а.

1.4. Women and their Legal Position in India during the Classical Hindu Law Period

Презентацију о женама и њиховом правном положају у Индији током класичног периода хинду права (500. п.н.е. – 772. године), аутор Сима Живуловић, са Правног факултета Универзитета у Београду, започиње симболично сликом женског божанства – Дурге, богиње космичке правде. У току излагања вођени смо обиљем улога које су жене у Индији заузимале: од видовњакиња и мудраца, преко *devadasi* ритуалних плесачица и куртизана, театар-уметница, аскета и будистичких сестара које су саме управљале храмовима, до краљевих саветница и самосталних владарки-ратница. Аутор извлачи сва уско специфична, чак егзотична правна решења из фресколиких извора хинду права од ригидног и строгог Мануовог законика са системом касти који забрањује извођење ритуала женама и ограничава њихова религиозна права, до Камасутре по којој су супружници у могућности да накратко замене улоге у сексуалном животу. Тако је „кандела, девојка која крвари, тежак грех за очеву кућу" (треба да се уда). У случају импотенције мужа, по ритуалу *nyogi* он бира мушкарца (*devaru*) који ће да обезбеди мушко потомство његовој жени и осигура му бесмртност (*upanishad*), или то чини његов млађи брат.

У милосрдном, будистичком периоду, наводи Живуловић, куртизане су могле да поврате своје достојанство ако се одрекну материјалних добара, а брачна прељуба се опраштала женама одласком на ходочашће или постом. Казна егзила иде ономе ко за себе спреми абортивну медицину. Ако је без директних мушких наследника, декујус изговара „Моја ћерка је мој син!" и поставља кћер за *apruiku*, једину наследницу. Када нестанак мужа траје од 8–10 година, „удовица" може да се преуда или усвоји богатог сина, а у супротном може да учини *sati* – да буде жива спаљена, и тиме, према Мануовом законику, одмах буде прихваћена у рај. Гестом верности сматра се када мушки краљевски чувар изврши сати на сахрани своје краљице.

II сесија: Положај жене у старој Грчкој и Риму (енглеска сесија)

2.1. Rights and Duties of Women in Roman Law of Succession – Analysis of D.5.2.28.

Уз целокупни осврт на права и обавезе жена у римском наследном праву, Дита Чолакова (*Dita Čoláková*), са Правног факултета Масариковог универзитета, анализира фрагмент из Дигеста (D.5.2.28.) који садржи случај неправичног тестамента из класичног периода римског права, упућен самом императору на решавање. Чолакова путује од рађања тестаменталне способности жене на заласку републике, кроз раскидање везе с агнатском породицом уз помоћ института фидуцијарне коемпције (фиктивне продаје жене након које постаје слободна и *sui iuris*), до напуштања тог института и потпуног окретања когнатским сродницима, те преторовој трећој класи наслеђивања у класичном периоду.

Мајка оставља последњу вољу и одређује наследнике, али изоставља сина у заблуди да је мртав. Син мимоилази *querella inofficiosi testamenti*, која захтева доказивање неурачунљивости мајке у време састављања тестамента, како не би покварио сећање на њу, те се обраћа приватним захтевом императору. Наследство добија исцела на основу чистог когнатског сродства и претпоставке да би мајка управо то учинила да је знала да јој је син жив. Како би права воља тестатора била испуњена у највећој могућој мери, син бива у обавези да испуни и додатне мајчине тестаменталне жеље – манумисије и легате. Поред тога што доказује да постоји обавеза укључивања деце у тестамент, случај је значајан за историју наследног права, ауторка тврди, као редак изузетак у коме побуде иза тестамента имају правни значај.

2.2. Legal Position of Concubines in Attic Law

О правном положају конкубина у античком праву, и конкубинату (*palakkai*) као дугорочном партнерству између мушкарца и жене из редова хетера, куртизана или проститутки из које је могао изнићи потомак, говорила је Ивана Вркатић са Правног факултета Универзитета у Београду. Будући егзотичне, образоване, често страног (персијског) порекла, и с посве другачијим начином живота од атинских жена, конкубине су биле веома атрактивне атинским мушкарцима; веза са њима је започињала неформалном кохабитацијом, а за собом није остављала финансијску обавезу враћања мираза и поспешивала је вероватноћу добијања (законитог) потомка, што је била неприкосновена дужност сваког Атињанина.

Ауторка кроз рад покрива све значајне моменте по положај конкубине и њене деце с Атињанима: од Перикловых закона где се статус законитог, подједнако поштованог детета, добијао пуким признањем (а у супротном се, без наследних права и статуса грађанства, приближавао метроцима), преко Драконовог „законитог убиства" где се могао лишити живота свако ко буде ухваћен *in flagranti* у сексуалном чину с женом под заштитом кириоса, па и конкубином (где се она изједначава с брачном партнерком!), до периода крајем 5. века п.н.е, када кривична заштита конкубина бледи и њихов положај постепено клизи до обесправљених проститутки. Као показатељ крајњег историјског одредишта конкубината, ауторка цитира чувену Демостенову утешну поруку женама Атине: „Љубавнице или хетере можемо држати зарад ужитка, конкубине за дневну бригу о нашој личности, а жене – да нам доносе закониту децу и буду судбоносне чуварке наших домова".

2.3. Legal Standing of Women in Ancient Athens

Такође студент Правног факултета Универзитета у Београду, Ђорђе Тимотијевић, кроз призму грчке драме као огледала прошлости осликава правни положај жена у античкој Атини. Све до Перикловых закона, Атињанка није била пуноправни грађанин. Образована код куће, у јавном животу – сазвежђу оикоса – учествовала је само кроз религију, а политика јој је, као робовима и странцима, остала недоступна. Уобичајена старост за удају силазила је до 14 година, а мушкарци су могли да се жене само атинским женама, у супротном се брак раскидао.

Насупрот повољном таласању положаја жене у законима грчке Антике, главна замерка, аутор додаје, остаје непоштовање женских осећања и жеља; подсећа да бракови нису били засновани на љубави, већ на процени добрих односа. Прељуба се у Солоновом „социјалном законодавству" кажњавала ублажено (новчаном компензацијом!), међутим, од жене-прељубнице мушкарац је морао да се разведе под претњом обесправљености, а њој је сваки потоњи улазак у јавни храм забрањен. Жена која се бави хонорарном проституцијом себе ставља ван заштите оикоса, а привлачне робиње, неговане за проституцију, и веома скупе, могле су чак да уживају извесне привилегије у конкубинату с господаром. У својим утопијским државама, Платон и Аристотел контрацепцију и абортус виде као пожељне за демографску контролу, Тимотијевић тврди, али каснија Хипократова заклетва заузима став обране живота, и гаси последње прибежиште зачећу ван брака неудатим женама и проституткама. Удовиштво је жене без мушких сродника често бацало у тежак рад (најчешће у здравстве-

ном сектору, мануфактури, ситној трговини, и сл.) не би ли одржале своју породицу.

III сесија: Положај жене у старој Грчкој и Месопотамији (српска сесија)

3.1. Положај жене античке Грчке у брачном и породичном праву

Исидора Фирст (*Isidora Fürst*) са Правног факултета Универзитета у Београду, упоређујући три водећа грчка полиса, приказује положај жене античке Грчке у брачном и породичном праву, од потпуне обесправљености до делимичне равноправности, и испитује колико је тачан мит о повољном животу жене у Спарти, односно неповољном у Атини. Различити концепти породица, наводи, настали су под утицајем различитих фактора – дорског колективистичког духа, атинске демократије, схватања друштвене хармоније и сл. Тако у Атини муж и жена равноправно обављају кућне послове и одлучују о васпитању детета – на уштрб слободе, она је материјално ситуирана, и ауторитативна тек као „господарица куће"; Спартанка васпитава дете до седме године, када се оно шаље у агеле где се даље, с другом децом, обучава за ратника; жена у Гортини, као и у Спарти, има пословну и процесну способност.

Гортињанка и Атињанка живе у друштву строгог полног морала, имају дужност верности, јер прељуба отвара питање очинства (а тиме и наслеђа и грађанског статуса), док Спартанка има пуну полну слободу – може да тражи од супруга одобрење за однос с другим мушкарцем. Како су Атињани веровали да „љубав долази тек после неког времена", брак је склапан уговором кириоса и младожење, свечаном куповином младе (*engye*); муж је могао једнострано да раскине брак (*repudium*), али је занимљиво то, ауторка додаје, да је Атињанки било дозвољено да захтева развод од архонта. Развод је у Спарти био обавезан ако пар нема потомке. Иако је у поређењу с вредностима савременог друштва женино биће у древној Грчкој потлачено, у поређењу с нормама робовласничког и патријархалног система, поједине одредбе се могу сматрати просвећеним. Пред древном Хеладом се увек мора устукнути с поштовањем и сентиментом, закључује ауторка.

3.2. Ћерка наследница у Гортинском законику

Катарина Чекић, студенткиња Правног факултета Универзитета у Београду говорила је о ћерки наследници у Гортинском законику, најстаријој сачуваној кодификацији у Европи, пореклом с централног

Крита. Ратови, који са собом повлаче висок морталитет мушке популације, често су гасили грчке породице. Како би се утолила снажна религијска потреба настављања породичног култа, настао је институт патроикоса (*patroikos*) – „оне која брине о очевини"; кћер која нема оца, ни брата од истог оца, удајом за најближег очевог сродника, рађа сина који ће очувати имовину у оквиру породице и бити сматран сином свога деде. Будући да је то свегрчки институт који кроз Атину, Гортину и Спарту показује три узастопне етапе у развоју, ауторка се посвећује специфичностима Гортинског модалитета епиклере.

Тако епиклера у Гортини има ограничену брачну слободу: од наследног дела имовине може да исплати новчану надокнаду рођаку за кога не жели да се уда. Како би се избегле велике разлике у годинама између супружника, стриц – епибалонт – могао је да одбије женидбу. Законик је прописао средње флексибилан редослед рођака, и решио сва спорна питања, као што је случај више епиклера, или непостојање очевих рођака. Стога, Чекић прави осврт на полемику водећих истраживача гортинског права – Гагарина (*Michael Gagarin*), Жернеа (*Louis Gernet*), Вилетса (*Ronald F. Willetts*), Аврамовића, поводом тумачења који рођаци стоје иза термина кадестаи *(kadestai)* и епибалонти *(epiballontes)*; ујаци, шири рођаци из женидбених веза или нешто треће. Део излагања ауторка посвећује и имовинско правним овлашћењима: ћерка-наследница је имала право располагања очевом имовином – али само у случају залоге или продаје ради отплаћивања очевих дуговања.

3.3. Положај жене у Асирском законику

Богдан Стојановић са Правног факултета Универзитета у Београду, према програму такође учесник треће сесије, био је спречен да излаже свој рад на тему „Положај жене у Асирском законику".

ДРУГО ПЛЕНАРНО ПРЕДАВАЊЕ

проф. др Сима Аврамовић,
Правни факултет Универзитета у Београду

„Can a Daughter Prolong Her Family?"

„Може ли ћерка да продужи своју породицу?"

Шта се налази иза потребе човека да има сина, како он то „продужава породицу у вечност", и каквим акробацијама су прибегавале цивилизације од Јапана, преко Индије, до Француске како би надоместиле недостатак сина, с посебним освртом на грчке полисе, гово-

рио је проф. др Сима Аврамовић с Правног факултета Универзитета у Београду у предавању под називом: „Може ли ћерка да продужи своју породицу?"

За разлику од ћерке „која је крај своје породице" (рано римско право), син води рачуна о сахрањивању и гробовима, чува друштвену позицију породице, и, што је најважније, преузима породичну религију, култ предака (проф. то упоређује с обичајем у домаћем амбијенту – крсну славу увек настављају синови), итд. Поједине цивилизације су, још око 5. века пре Христа, недостатак сина надоместиле институтом тзв. ћерке-наследнице. Будући да се јавља у сва три грчка полиса, у Атини (сачувано преко судских беседа) епиклера, „она која одлази с клеросом/породичним иметком", у Спарти (преко дескриптивних извора) и Гортини етимолошки везано за појам оца *pater* – патрухос, патроикос, „она која брине о очевом дому", овај институт једини омогућава да се говори о јединству грчког права у прошлости. Дужност епиклере је да обезбеди мушког потомка који ће се сматрати сином свог деде, а не биолошког оца, тиме што ће је удати за најближег рођака, најчешће стрица (епибалонта, у Атини). Њен положај био је најтежи у Атини – редослед рођака за удају је био предвиђен, а тек ако стриц због старости није могао да одговори на потребе друштва, смела је да се разведе и уда за млађег рођака, није имала никаква имовинска права; у Гортини је отац углавном бирао младожењу својој ћерки-наследници, те није била у обавези да се разведе ако је већ удата и има мушко дете; Спартанка је имала најшири избор по питању удаје и најшира имовинска права – била је истинска власница очеве имовине.

У опсежној опсервацији свегрчког института епиклере, професор упућује на то да је ова појава присутна и у другим цивилизацијама – али не тако рано. Из Гортинског законика са острва Крит, који је, како наводи, први сачувани законик европске културе, у 12 колумни са по 50 линија, писаних стилом бустрофедон (ето куриозитета), у коме писање мења смер „као бик када ради на пољу", сазнаје се подоста о овом институту, иако је покривено тек 9% проблема из норми. Као нарочиту занимљивост, Аврамовић додаје паралелу из хинду права патрика путра *(patrica putra)* из 1. века п.н.е, тј. Мануовог законика – појаву налик епиклери у коју се укључује и извесни систем четири генерације.

Предавање професор окончава сетним примером домаће праксе ћерке-наследнице. У понеким деловима Црне Горе и Албаније, постојао је, наводи, институт вирџине или девице (или тур. тобе-

лије/тобе, „која даје заклетву", благарице „која води рачуна о благу", остајнице „која остаје у породици"), девојке која је од самог рођења означена да настави породицу без синова, не би ли од породице одбила лошу срећу – увијали би је у појасеве да спрече раст груди, играла би се мушких игара, била научена да користи оружје, седи с мушкарцима, иде у рат... Многе од вирџина су губиле циклус, као и сва обележја жене; неке су чак добиле право гласа и одлучивале на различитим скупинама, попут правих мушкараца. За разлику од епиклерата, вирџине се нису удавале, и њихова жртва продужавала је породицу само за једну генерацију.

IV сесија: Законици централне и источне Европе (енглеска сесија)

4.1. Legal Status of a Woman in Russia from XI–XV Century

Лариса Владимировна Александрова, са Правног факултета Самарског државног истраживачког универзитета Корољов, износи преглед правног статуса жене у Русији у периоду од XI до XV века, за који, тврди, постоји богата историографска грађа. Упоредном анализом световних (Руска правда, Повеља принца Јарослава, статути цркава, међународни уговори) и црквених правних извора (канонски одговори црквених архијереја и сл.), ауторка закључује да је жена била безначајна фигура у односу на мушкарца, осим као удовица, када јој се правна способност нивелисала с мушком (имала је и право доживотног боравка на поседу свог мужа чак и уз неслагање деце). Због ужасавајуће јаког друштвеног раслојавања, кривична одговорност зависи од припадности одређеном ступњу друштвене лествице (који жена „наслеђује" од оца или супруга).

Продор хришћанства у Русију знатно издиже женин положај: бесомучно се бори с остацима паганизма који понижавају жену (као што су примитивни облици венчања, полигамија, отмица, спаљивање девојке), али је ставља под сенку мушкарца и диригује да му се повинује (расту менструални и порођајни табуи – забрањује се улазак у храм и сл.). Брак се заснива на сагласности, па су уговорне способности жене јаче с миразом, а главни бракоразводни разлог постаје прељуба. Мушкарац је прељубник ако има децу с „конкубином" (и кажњава се новчано и „годином покајања"), а жена ако ли само ступи у контакт с ваньским мушкарцем. Ауторка закључује да су извесна питања око положаја жене далеко од разрешења и захтевају даљу дискусију.

4.2. The Role of Women in Codifications of the Lands of the Bohemian Crown

Са Правног факултета Масариковог универзитета, Вероника Ондрашкова (*Veronika Ondrášková*), кроз интригантни пример из судске праксе Земаљског суда, разматра улогу жене у кодификацијама Земаља чешке круне у XVII веку. Иако кодификације раног модерног доба на територији данашње Чешке нису нарочито „причљиве" поводом жена, одредбе о наслеђивању у случају смрти свих мушких сродника и губљењу права на мираз, врло су уочљиве и јасне. Тако су, нимало имплицитно, у одредбу 515. Владислављеве ординансе, учитана висока очекивања од жене у смислу предбрачне чедности: „ако се жена обећа било коме без пристанка свог оца, или није девица, и то се докаже – губи свако право на наслеђе и мираз, без обзира на порекло".

Млада племкиња, Катарина Елизабет фон Шмириц (*Catherine Elisabeth von Schmiriz*), најмлађа од четворо деце (од којих је један брат био дементан и није имао право на наследноправни захтев), врло непривлачна – дугог носа, шепајућег хода, несразмерно дугачке главе, тражила је у 18. години, због изостајања просаца, мушко друштво изван свог сталежа, и утеху нашла код дворског ковача, Џорџа Вагнера (*Georg Wagner*). Како је афера раскринкана, држана је у кућном затвору, и цео случај би био дискретно заташкан у кругу породице, да, смрћу родитеља и брата, Елизабет није постала пожељни носилац најтежег наследноправног захтева. Сестра Маргарет, након Елизабетине удаје, случај износи пред суд, не би ли јој „скинула титуле" и одузела замкове, те ковач, у доказном поступку, на саслушању, до детаља описује „вишекратно кршење члана 515". Елизабет губи случај због јасне намере земаљског закона, и Ондрашкова описује бизаран несрећни случај на који је скончала, а који је пронашао пут до чешког фолклора. За крај додаје да је, рецимо, у Моравији отац могао девојци споразумно или писаним документом да опрости губљење чедности.

4.3. History and Development of Women's Rights in the XIX Century in Europe on the Example of the Serbian Civil Code of 1844 as one of Advanced Legislations

Дмитриј Долгих (*Дмитрий Долгих*), са Правног факултета Руског државног Универзитета правосуђа, за предмет свог истраживања одабрао је историју и развој права жена у XIX веку у Европи на примеру Српског грађанског законика из 1844. као једне од напредних

кодификација. Иако мала и неразвијена, Србија је, аутор тврди, кодификацију спровела пре већег броја развијених земаља, као и све земље на римско-византијској традицији, фасциниране идејом позитивног права. Како научници СГЗ (Српски грађански законик) углавном третирају као унапређену верзију АГЗ-а (Аустријског грађанског законика), а његовог централног ствараоца, Јована Хаџића, као врсног написту, Долгих додаје да се СГЗ издваја од оригинала по томе што даје предност помоћном извору права – обичајима.

У жељи да се кодификацијом испрате правни трендови и модернизује правни систем, да се утре пут развоју финансија и трговине, СГЗ савршено балансира с традицијом, уткавши обичаје у породично и наследно право. У писму Милошу из 1837, излаже аутор, Хаџић обећава да ће обичајно право бити у основи кодификације. Женској деци се ускраћује право наслеђивања, у корист мушке, што ће бити главни позив за ревизију кодификације. Хаџић ће, апсурдно, истовремено бити критикован за скрнављење обичајног права, али и за уношење истог у законик. Највећа замерка остаје разрешење и колапс задруге, специфичног облика патријархалне породице. Аутор закључује да се феудализму у Србији, много пре других европских земаља, изгубио траг увођењем приватне својине и додаје као куриозитет да је СГЗ, у неком облику, успео да се задржи у позитивном праву Србије до данас.

4.4. The Long Way to the Custody of the Mother of Her Children in the Austrian Civil Law

О дугом путу ка старатељству мајке над својом децом у аустријском грађанском праву говорила је Сара Штуценштајн *(Sarah Stutzenstein)*, студенткиња Правног факултета Универзитета у Бечу. „Коме је потребан старатељ? – Малолетницима које није збринуо отац". Потребу за старатељем законитој деци будиле су изузетне ситуације, када је отац преминуо/одсутан је/ментално болестан/грубо занемарује своје дужности; док је код незаконите деце старатељ био неминовност. Пошто се на старатељство гледало као на јавну функцију, која захтева интелектуалне и менталне способности (ту искључујући болесна, осуђивана лица, жену!), сваког старатеља је постављао суд, и он је добијао право на годишњу компензацију. Жена је у два изузетка могла да има старатељство над дететом: као удата мајка или бака по оцу, ако отац није одредио другачије и деда по оцу није био доступан; „велика љубав тих жена према детету је надопуњавала недостатак интелектуалних способности". Упркос томе, захтевало се постављање ко-старатеља који ће жену надгледати и контролисати.

због „широко распрострањене трагедије да невенчане мајке немају моралне квалитете", неудате жене нису имале никакав приступ старатељству свог рођеног детета.

Штуценштајн градацијски осликава пут захтева женских буржоаских покрета за укидање дискриминације на пољу старатељства (захтев за замену очевог ауторитета родитељским, за самосталним старатељством неудате мајке над рођеним дететом...) и њихову кулминацију услед почетка Првог светског рата 1914. године и оскудице мушкарцима, која је тек за нијансу олакшала продор жена у затворен круг старатеља.

4.5. Maternal and Paternal Power in the Interwar Czechoslovak Civil Code Proposals

О периоду рађања Чехословачке републике на згаришту Аустро-угарске монархије, а на тему мајчинске и очинске власти у међуратним предлозима за Чехословачки грађански законик, говори, са Правног факултета Масариковог универзитета, Штепан Бурда (*Štěpán Burda*). Као мултиетничка земља с два паралелна правна система, једним који је реципирао АГЗ (Бохемија, Моравија, Шлезија), и другим који прати систем мађарског права (Карпатска Рутенија и Словачка), Чехословачка добија задатак да успостави правну хармонију и створи свој нови грађански законик. Како због Минхенске кризе и бројних контроверзи у породичном праву предлог законика никад није прошао, аутор тај правни документ користи како би демонстрирао тренд ублажавања разлика између оца и мајке, промену структуре очинске моћи, јачање концепта мајчинске моћи – додајући да су промене више еволуционе, него револуционарне.

Тако положај мајке као старатеља свог детета у предлозима из 1924, 1931, 1937. расте: испрва је само „пожељнија од деде у низу могућих старатеља", потом отац губи право да је тестаментално искључи као старатеља, и финално „пре било коме другом, мајкама припада старатељство", ако су „компетентне". Мајка има безусловно право да захтева учешће у гајењу детета, а куриозитет је резон законодавца да, будући да жени већ не треба сагласност супруга за обављање функције судије или парламентарног посланика, она није потребна ни за „вањско" старатељство (најчешће над нећацима и другом сирочади). Нацрти чехословачког грађанског законика послужили су као инспирација за садашњи Чешки грађански законик, аутор закључује.

4.6. Trapped in a Dead End: About Women Who Chose Terror as a Form of Improvement of the State-Legal System of the Russian Empire in the Late XIX – Early XX Century

Са Факултета за полицијску обуку истражних органа Санктпетербуршког универзитета Министарства унутрашњих послова Русије, говорио је Вјачеслав Владимирович Адамович *(Адамович Вячеслав Владимирович)* на тему „Заробљене у ћорсокаку: о женама које су одабрале терор као облик побољшавања државно-правног система Руске империје крајем XIX – почетком XX века". Како су крајем XIX века бујале тензије у друштвеним односима, ширили су се тајни револуционарни кругови око „Народне воље" и сличних организација, а против царске власти, покушавајући да утичу на државне структуре и одлуке о развоју Русије, не либећи се да прибегну и терору. Активни чланови организације биле су и жене (од 1902–10. чак 25/78 чланова), које су учествовале у припремању и извршењу терористичких напада.

Од Вере Засулич *(Вера Засулич)*, прве „жене с револвером", која је упуцала санктпетербуршког мајора и озбиљно га ранила, преко Вере Фигнер *(Вера Фиїнер)* која је више пута покушавала атентат на Александра II (за коју је сам цар, приликом добијања вести о њеном хапшењу, рекао „Коначно је ухапшена та страшна жена*!*"), до Софије Перовске *(Софья Перовская)* која је са 27 година учествовала у организацији регицида и скончала као прва жена у Русији јавно погубљена због политичког злочина, аутор покушава да уђе у алгоритам и схвати њихове мотиве, пакујући све у вео друштвених односа на концу века. „Које су уобичајене карактеристике жена које су чиниле злочине против државе? Висок друштвени статус и ниво образовања". Мотив је било остварење друштвене правде и једнакости, кроз жртву личних интереса и среће (саможртву), сматрале су то чином самоубиства; више мотива налазиле су у Библији, него у партијском програму. Упркос паду царства, и несумњивој друштвеној промени, аутор закључује да су револуције ипак довеле до неморалних импулса и заглавиле се у моралном ћорсокаку: „Немогуће је остварити општу срећу кроз насиље".

V сесија: Жене у средњем веку (српска сесија)

5.1. Положај жене у породичноправним одредбама Законоправила Светог Саве

Положајем жене у породично правним одредбама Законоправила Светога Саве, прецизније, његовим световним делом, 55. главом – Законом градским, бави се Марко Ромић са Правног факултета Уни-

верзитета у Бањој Луци. Аутентичан у односу на свој византијски узор – Прохирон, намењен попуњавању правних празнина у домаћем приватном праву, Закон градски, уз доста казуистике, верно приказује и разрешава животне ситуације српског средњовековног човека. У српској средини, као домаћа верзија Прохирона, деловао је много блаже од обичајних норми и, како додаје Ромић, тежио да заштити поједине категорије друштва (сиромашне, самохране мајке, удовице...); тако, *tempus lugendi* (удовичка жалост) не спречава удовицу да склапа заручење. Зарука (обручење) је, под утицајем цркве, била обавезна за склапање брака и могућа за девојку која је навршила 7 година; „они који се сједињавају, усаглашавају се (...) потребно је и да се дјевојка сагласи", па девојка може да се успротиви зарукама ако њен будући заручник води морално недостојан и сраман живот. Посебан правни режим постојао је за наложнице, јеретике/незнабошце и категорије људи као што су „ђавоимани људи" – људи „запоседнути ђаволом"; деци ђавоиманих, рецимо, није била потребна сагласност родитеља за заручење, тј. склапање брака.

Иако су у праву Византије људи независно од сталежа третирани као слободни, у српској средњовековној држави је постојао раскорак између нормативног и стварног. Ромић наглашава да, независно од тога, Законоправило, које захтева систематско проучавање, треба да служи као рушилац предрасуда о животу жене у српском средњем веку.

5.2. Правни положај жене у Душановом законику, са посебним освртом на властелинке

Ђорђе Степић, са Правног факултета Универзитета у Београду, анализира правни положај жене у Душановом законику, са посебним освртом на властелинке, покушавајући да обори честу „паушалну оцену" да је положај жене у Законику лош. Аутор наводи: жена је имала потпуну пословну способност (делимичну је стицала с 12 година!), могла је да се појави на суду у било ком својству, осим у улози заступника свога мужа или судије; имала је својство законског наследника супруга (није важило обратно!), чиме закон уважава њену слабију економску моћ, јачају се њена удовичка права... Не би ли доказао да регуле нису биле мртво слово на папиру, Степић прилаже Попис имања Богородице Хтетовске и Призренску тапију у којима жене иступају на чело породичне задруге, иступају у име своје деце („Добросава с породицом"), власнице су непокретности, располажу имовином, уз коментар да је при проучавању средњег века највећи проблем мањак сачуваних појединачних правних извора. У посеб-

ном одељку аутор износи сопствену аргументацију поводом идеје жене-члана пороте, те властелинкиног располагања мужевљевим отроцима у Душановом законику.

Властелинке су, додаје, оснивале сопствене баштинске цркве и уређивале њихово деловање, а кривично дело учињено према властелинки задобијало је квалификован облик. Нарочит куриозитет рада представља статус госпође царице – положај који, како су јој дата извесна јавна овлашћења, левитира између владара и властелинке. Истиче, за крај, да је женин положај почео да се квари с падом српске државе, потпомогнут суровим шеријатом, деградирајући тако на „традиционалне улоге сретане у доба обичајног права".

5.3. Историјско-правни аспект заштите жена као жртава трговине људима: Србија под Османском влашћу

Под Османском империјом, у Србији, „на раскршћу путева", развило се плодно тле за експлоатацију, те транзит поробљеног становништва, са женом као најчешћом и примарном жртвом. Историјско-правних аспеката заштите жена као жртава трговине људима у Србији под Османском влашћу, дотакла се Тамара Загорац, студенткиња Правног факултета Универзитета у Београду. Ауторка наводи: одузимане од породице, принудно одвођене на тржнице обнажене, симболично су продаване у ропство, а исту последицу имало је и рођење од мајке робиње. Маха је узело и одузимање мушке деце од родитеља (годишње и до 3000), између 8 и 12 година, будућих јањичара, њихово присилно обрезивање и преображавање у ислам.

Као залога интересима државе, а ради одлагања кризе, хиљаде младих жена и девојчица жртвовано је у принудним браковима с турским дипломатама. Прерано ступање у брачне обавезе често их је одводило у деформитете, лишавало репродукције, те су живеле несрећно: „жена је била моћна да спаси државу, али не и себе саму". Неколико слајдова Загорац посвећује принудним браковима српских принцеза, тужним и донекле светлим примерима књегиње Оливере, Маре Бранковић, Милутинове Симониде... „Ми смо грешан народ и желимо покајанија, али је турски зулум превазишао наше грехе" (исечак из сведочанства); како је број одведених жена и деце у Цариград до 1454. године ескалирао на око 50.000, спомиње се у изворима и оснивање Фонда за откуп робова од Турака од стране српских трговаца и имућнијих људи. Финално, ауторка реторички преиспитује могу ли обичаји бити изнад права, с обзиром на то да се и данас у траговима наилази на принудни брак као излаз из тешког социоекономског статуса.

5.4. Брачни прописи у шеријатском праву

Ратомир Спасојевић са Правног факултета Универзитета у Београду упушта се у шеријатско право и његове брачне прописе. *Shari'a* је – као непроменљиво исламско право, божја воља сама – нешто што треба богобојажљиво следити не би ли се изашло из џахирије, Незнања („остварио Ислам"), и заслужио живот после смрти. Уопштено говорећи, положај жена у номадско-сточарским друштвима је, аутор тврди, изузетно неповољан. Тзв. „женско питање", решено је очигледно асиметрично, тако да, поред беспоговорне послушности у односу на мушкарца, постоји и право на коришћење жениног тела; забрањена је полиандрија, а мушким верницима је полигамија дозвољена са до чак 4 жене. Венчани дар породици (*mehr)* једина је гаранција да ће брак бити склопљен, али и, уз одређену „правну акробатику", осигурање да у случају развода жена неће остати сама на милост и немилост друштву. Занимљив је и институт привременог брака уз накнаду (*муш'а*) који је имао форму уговора на одређено време; деца из овог брака су била законита, као и она рођена до две године након развода (тзв. ненормална трудноћа). Изговарање формуле (*шалак*) један је од начина раскида брака.

Кривичноправно гледано, још јасније се оцртава инфериорност жене: за њен веродостојан исказ потребно је чак 4 сведока, а за лажно оптуживање би била кажњена бичевањем, те се њен исказ никад више не би узимао као валидан. Криминализује се проституција, а као начин утврђивања кривице за сексуални преступ користи се – трудноћа. Претходну брачну везу раскида отмица жене поражених противника приликом похода – тај мотив аутор пореди с епском песмом „Бановић Страхиња".

5.5. Правни статус жена у средњовјековној Енглеској

У оквиру истраживања за свој мастер рад, Милица Ристић са Правног факултета Универзитета у Београду говори о Правном статусу жена у средњовековној Енглеској. „Муж и жена су једно – а то једно је муж!" или, од раних почетака па до позних дана принципа прикривања – правне фикције по којој жена закључењем брака губи пословну способност и поступа испод мужевљевих „крила заштите", а њена личност и имовина се утапају у његову власт. Мужевљев „вазал", добра жена, удајом више није власник ни својих наруквица и огрлица (*chattel property*), она не може да се школује, не може да ради (ако ради, сва средства полаже мужу), постоји право кажњавања над њом иако не може да буде одговорна за своје поступке, а у слу-

чају њене превремене смрти, ако има деце, према праву љубазности (*tenant by the courtesy*) муж мираз доживотно ужива. Зато је, Ристић тврди, постојала изрека да жене удовице (*dower*) „немају за чим да жале јер су (поново) слободне”; имају право на удовички ужитак – непокретну имовину коју је муж морао да именује на вратима цркве (*ad iustium ecclesiae*).

Систем правичности, *equity law*, утицао је подоста на обесправљен положај жена, исправљајући *common law* систем тамо где је био сувише крут и ригидан, највише у имовинским односима. Тако је и са, ауторка одушевљено наводи, аутохтоним институтом норманских племена – институтом траста. Њега је, за засебну имовину од пре брака – када има пословну способност, могла да заснује и жена сама! Састоји се у правно крунисаном блиском односу „поверења” (*trust*) између трастија (оног који управља имовином у туђу корист, најчешће супруга) и бенефицијара (жене). А тек систем правичности бенефицијару (жени) даје тужбе којима може да гони трастија (ако не управља имовином у његовом интересу)! Економска самосталност је битна јер се прелива на све друге самосталности, закључује Ристић.

ТРЕЋЕ ПЛЕНАРНО ПРЕДАВАЊЕ

проф. др Марион Ревекамп *(Marion Röwekamp)*, Хумболтов професор на Мексичком колеџу

„Law Codes and Communities of Female Protests in European History, 1794–1970s”

„Законици и заједнице женског протеста у европској историји, од 1794. до 1970-их”

Кроз правну историју феминизма, на национално освешћеној, исецканој мапи Европе, а у временском опсегу од 1794. до 1970-их, води нас проф. др Марион Ревекамп. У срцу лекције, Ревекамп аналитички прелази кроз небројено много кодификација (Наполеонов кодекс, грађанске законике Пруске, Италије, Немачке, Пољске, Румуније, Скандинавских земаља, комунистичке Русије и Југославије...), осветљава реплике феминистичких покрета на свако дискриминаторно правно решење и, попут жене Макса Вебера (*Max Weber*), исписује почетке женске правне историје.

Уз тешкоће транзиције из аграрног у индустријско друштво, појачаног осећаја друштвене несигурности, нови законици грчевито покушавају да кроз породицу као *nucleus* друштва одрже нацио-

нално јединство, оснажујући патријархат: „Као што је краљ глава државе, тако је и мушкарац глава куће!" Законици махом поручују да је женина природа „приватна", да због недостатка интелектуалног суда жена не може да има контролу над собом, децом, зарађеним новцем или наслеђеном имовином, те да се мора покоравати ауторитету мушкарца (*cura sexis*). Затим, конзервативни црквени кругови у Италији и Шпанији, желећи да задрже добре дипломатске односе са Ватиканом, отежавају или изостављају сам поступак развода. Феминисткиње поручују: „уговор о браку једини је институт који поробљава људско биће", зато коалиција француских феминисткиња, на стогодишњицу Наполеоновог законика, покушава да сагори „оригинал законика који жене третира као малолетнике, осуђенике и лудаке". Кровни аргумент пионирских феминисткиња бива: аутономију жене у породици ставити на чекање у корист права гласа којим ће се откључати брава парламента и направити бедем једнакости за жене у свим гранама права!

Револуционарно семе се разастире преко граница, женски покрети улазе у алијансе с радничким покретима и социјалистима (рецимо, бољшевицима, који такође користе право као алатку друштвене промене), и, увиђајући колико учинковита међународна платформа може да буде, уједињују се у сестринске федерације. У мрежи друштвених структура оне проналазе обрасце и универзална правна решења против дискриминације жене. Тако је Међународна федерација женских правница и судија, основана 1928. године, била прво прибежиште правница за проширење аргументације о правној опресији и женском искуству неправде (*gender experience*), али и обука да се то знање користи као притисак на владајуће фигуре. Будући да покрет савремени правници нису схватали озбиљно, ових друштава, Ревекамп наглашава, нема у ранијим књигама међународног права – аутори су мушкарци.

Послератни устави већински објављују једнакост жена и мушкараца и додељују им право гласа; правнице негде чак учествују у обликовању правила која ће уставне одредбе прилагодити грађанском праву (Румунија, Пољска). Отвореним правним питањима Ревекамп посвећује велику пажњу: правни идентитет жене, имовинска права над миразом, статус неудате жене и ванбрачне деце, подела рада у домаћинству (па и плаћен рад у породици), једнака плата за једнак рад, обавезност грађанског брака, па и националност удате жене, и сл. Иако је у пракси породични живот био отпоран на правне промене, промена менталитета је, борбом младих жена, постепено продирала у њега.

Закључно, Ревекамп ведро поручује да жене никада нису биле стварна мањина и да, како женине другачије природне способности

само допуњују мушке – држава може да функционише нормално једино ако оба пола раде заједно зарад општег добра.

VI сесија: Положај жене у грађанском праву – привредни положај жена (енглеска сесија)

6.1. Working Women and Businesswomen in French Law Codes in the XIX Century

На примеру имагинарне Францускиње Мари Роз (*Mari Rose*), Дијана Мачутадзе (*Diana Machutadze*) са факултета Париз II Пантеон-Асас, исцртава положај запослене и пословне жене у француским законицима у XIX веку. За разлику од *Code Civil*-а, упослени на нацрту Трговачког законика су били трговци (не правници!), па је ТЗ био либералнији – ниједна одредба није спречавала жену да се бави „бизнисом" (чак је специјално за жену скован термин „јавни трговац"). Такође, након револуције је стицање грађанског пунолетства (само) женама спуштено са 25 година на 21; а, иако је ситуација да је жена била грађански пунолетна, а неудата, била реткост – баш, и једино тада могла је да се бави трговином а да не подлеже било чијем ауторитету.

Ауторка објашњава: након склапања брака правна способност жене се сужава. Она није јавни трговац ако ради као мужевљев сарадник, већ искључиво ако сама обавља посао. Ако је у режиму заједничке брачне имовине, захтева се његова (чак и prећутна!) сагласност – будући да се продаја обавља јавно и муж ње мора бити свестан – ако дозволу не да, женини уговори га не обавезују. У режиму раздвојене имовине (где женина активност не може имати директне последице по имовину мужа), или у случају смрти супруга – за обављање делатности дозволу даје судија, али је може и опозвати. Све „Мари Роз" су се најчешће одлучивале да постану јавни трговци као удовице или распуштенице, како би имале извор прихода. Мачутадзе шаљиво додаје да је XIX век – век познатих удовица-трговаца из вишег сталежа, познатих и данас (као што је, рецимо, *Veuve Clicquo*, компанија шампањца).

6.2. Russian Law Codes from XIX–XX Century and Women: From Gaps and Inequalities to Legal Recognition and Legal Equality

Алексеј Капустин (*Алексей Капустин*), са Правног факултета Универзитета при IPA EurAsEC, анализира однос руских законика од XIX до XX века и жена: од разлика и неједнакости до правног призна-

вања и правне једнакости. Проблем женине правне и фактичке неједнакости историјски потиче из обичајног права. На руске законике који су правно препознали и изваjали положај жена, тврди Капустин, највише су утицали Наполеонов законик (и уопште француско законодавство), Аустријски и Немачки грађански законик, Саксонски грађански законик... Прва женска организација „Женско патриотско друштво", сеже чак у 1812, а крупни законодавни и судијски захвати са краја истог века, нагласили су потребу заштите жена на раду, забране ноћног рада и увођење специјалних погодности за труднице. Нови сверуски универзитетски статут женама није дао право да упишу факултете, али је отворено је неколико „високих" курсева за жене при универзитетима; пропис о женским школама налагао је да се у провинцијама, „где год се могу наћи финансијске прилике", исте и отворе.

Почетком века у Думи се говорило о једнакости мушкарца и жене, што је, аутор додаје, утицало на то да 1914. оживе поједина имовинска и лична права жене – право одбити мужевљев захтев за заједнички живот „ако се чини неподношљивим", право добити засебну боравишну дозволу (без сагласности мужа), право бити обавезан рачунима... Законици СССР из 1960-их коначно премошћују правни јаз и озакоњују једнакост жена и мушкараца – мада не решавају проблем ниских плата, малих каријерних прилика и неједнакости у домаћинству.

6.3. The Effect of Gender Equality on Economic Development in China

Ефекат једнакости полова на привредни развој у Кини појашњава Каролина Фабара (*Carolina Fabara*), са Шангајског универзитета за финансије и економију. Да би се пронашао разлог за дискриминисање жене у Кини хиљадама година, битно је, ауторка налаже, продрети у конфучијанску филозофију – морални кодекс који је био основна водиља традиционалног кинеског права. Конфучије вреднује мушку супериорност, док за жене важи правило троструке послушности – оцу у детињству, мужу у току брака, сину у старости; „врлина је ако жена нема вештина", њена најсветија улога је рађање детета. Како би доказала своју хипотезу да закон обликује друштво, и обратно, прецизније, како економски развој унапређује родну равноправност, Фабара спомиње велики улазак жене у економски живот и предузетништво кроз реформу закона који дискриминишу жене.

Наиме, оснивањем Народне републике Кине и успостављањем социјалистичког система 1949. године, родна равноправност постаје

начело државне политике, уставна гаранција. Кроз широк временски распон, на снагу ступају Закон о заштити женских права, Закон о промоцији запослења (*Employment Promotion Law*), па и попусти за професионалне обуке, поједностављен процес у банкама за кредите мале вредности, преференцијални порески статус жена, и сл, што доводи до огромног пораста броја предузетница, и предузећа у власништву жена. Иако сада жене могу да граде каријере традиционално резервисане за мушкарце, како је културно наслеђе још увек јако, жене су мање осетљиве на дискриминаторно понашање, па је њихов положај у корпоративном свету још увек пољуљан.

6.4. Women and Contracts in Pakistan: A Comparative Analysis of Women's Contractual Rights on the Basis of Anglo-Saxon and Muslim Legal Tradition

Амна Хасан (*Amna Hassan*), са Правног факултета Универзитета у Печују излаже резултате упоредне анализе женских уговорних права на основи англосаксонске и муслиманске правне традиције, добијене у оквиру истраживања за дисертацију. Иако је Исламска република Пакистан стекла независност 1947. године, „енглески закони" су остали на снази, али у синхронизацији с исламским учењима; класичан шеријат замењен је тзв. компромисним правом. Насупрот женама у Великој Британији, које уживају висок степен уговорне слободе и једнакости – могу да склапају уговор с било ким, траже правни лек у случају раскида уговора на суду, у Пакистану је класичан шеријат задржан управо у породичном и статусном праву, па жене приликом раскидања брака као уговорног односа не уживају исти степен аутономије. Мушкарац може три пута да изговори „разводим се од тебе", а жена мора да захтева развод брака *khula* на суду и да се одрекне мужевљевог брачног поклона *haq-mehr*; мушкарац може да има до четири жене, док је жени преудаја могућа тек након смрти мужа, наглашава Хасан.

Утицај историјске позадине и племенских односа у Пакистану учинио је препознавање жене као достојанственог живог бића веома касним. Захваљујући реформаторима Ислама као што су, ауторка набраја, Фатима Џина (*Fatima Jinnah*) и Саид Ахмад Кан (*Syed Ahmad Khan*), који су заговарали женино право на образовање и забрану полигамије, женама је дато право гласа 1960. године, и успеле су да завреде поштовање и високе позиције у Влади Пакистана. Пакистански покрет за независност из 1940. године, ауторка додаје, махом су подржале управо жене.

VII сесија: Улога жена у јавном праву у Новом веку (енглеска сесија)

7.1. Criminal Law Status of Women in Serbian and Yugoslav Legislation in 1860–1920

Први учесник сесије, Никола Пауновић са Правног факултета Универзитета у Београду, био је спречен да излаже свој рад на тему кривичноправног статуса жена у српском, односно југословенском законодавству у периоду од 1860. до 1929.

7.2. Women's Suffrage in the Austrian Monarchy from 1848 to 1918

Са Правног факултета Универзитета у Бечу, своје темељито истраживање на тему женског права гласа у Аустријској монархији од 1848. до 1918. излаже Марија Тереза Мундшпергер *(Marie Therese Mundsperger)*. Иако су званично задобиле право гласа тек проглашењем републике 1918, жене су, ауторка наглашава, у извесној мери већ укључиване у гласање још од пропале буржоаске револуције 1848, јер њихова сразмера у електорату није била занемарљива. Пол као критеријум ишао је за богатством и образовањем – отуда су поједине жене које плаћају порез имале право политичке партиципације, док извесни мушкарци нису. Лавину негодовања изазвао је случај пред Високим административним судом у коме је утврђено да учитељице и жене дипломци не могу да потпадну под „гласаче интелектуалце" (учитеље, свештенике, судије, докторанде универзитета...) јер „облик именице учитељ у немачком не означава аутоматски и женски род". Жене у неким провинцијама морају бити представљене приликом гласања; бројне афере с пуномоћјем где мушкарац није преносио жељу жене-властодавца нису потпадале под правну контролу.

Ауторка тврди да преокрет долази након финансијске кризе и извесности државног банкрота, где се тзв. курија (*curia*) изборни систем кроз четири класе гласача окреће стварању провинцијалних дијета. Како Закон о парламентарним изборима, родно прецизиран, служи као модел за провинцијске изборне законе, жене, осим као велепоседнице, бивају одсечене из гласања, а мушкарци старији од 24 године добијају опште и једнако право гласа. Демократизација права гласа вршила се на рачун жена – губитници изборне реформе биле су само оне, додаје Мундшпергер.

7.3. Women of the Legion – Unrecognised Members of the First Czechoslovak Army

Са Правног факултета Масариковог универзитета надовезују се истраживања Јакуба Новака (*Jakub Novák*) и Војтеха Врбе (*Vojtěh Vrba*), од којих први излаже Новак, говорећи о непризнатим чланицама прве чехословачке армије – женама легије. Чешка и словачка нација, лојалне до почетка Првог светског рата, услед потискивања националних права, Новак објашњава, постају вољне да се боре за самосталност од Хабзбурга. Њихов покрет отпора оснива војску у егзилу и формира своју легију – наоружану јединицу, скројену искључиво од волонтера (што због борбеног морала, што због пропаганде), која бива послата на оба фронта – француска поља, српске равнице, замрзнуте сибирске шуме... и због ратног успеха задобија признање Антанте! „Треба ли нова држава да своје борце за независност дарује привилегијама? Ко може тврдити статус легионара?”. Власт одговара, по жене контроверзним, владиним уредбама 462/1919. и 1151/1920, којима ветеранке потпуно запоставља јер, као помоћне снаге, милосрдне сестре, не испуњавају услов „безусловно и без оклевања служити рукујући оружјем”.

Аутор се у раду бави двама усамљеним случајевима жена које су признате као легионарке, и залази у архивске, граничне случајеве (курира, шпијуна, извиђача), које захваљујући формализму власти никада нису добиле статус које су заслужиле. *Анешка Кашпарова (Anežka Kašparová), Божена Сеидлова (Božena Seidlová)*, *Вера Гати (Vera Gati)*, од курира који прелази линију фронта три пута да пренесе поруку чешкој заједници у Молдавији, до медицинске сестре студенткиње историје, регрутоване као војника – имена су вредна помена.

7.4. Legal Position of Women in the Czechoslovak Army Corps During and After the Second World War

Сагу о женама у чехословачкој војсци наставља Војтех Врба (*Vojtěh Vrba*) са Правног факултета Западночешког универзитета, говорећи о правном положају жена у чехословачкој војсци током и после Другог светског рата. Из војне документације и забележених сведочења жена-војника, он нас води на пут од војног акта из 1920. који се ослања на општу и једнаку војну дужност – имплицитно примењиву и на жене добровољце, преко новеле тог акта, актом владе из 1927, који прецизира војну службу као „службу која се односи само на мушкарце”, до Акта о одбрани државе, који чланом 66. гарантује

да помоћне снаге у стању опасности, нису родно ограничене. Ако су присутне на бојишту, сматрају се оружаним снагама, а у њима жене најчешће служе нетипичним радњама за војнике (нпр. метеоролози). На Западном фронту, где су жене биле у помоћним ваздушним снагама, додаје, питање укључивања жена није било питање једнакости, већ потребе да се има што више расположивих „руку", док су у Црвеној армији чехословачки женски корпуси били третирани као регуларни војници (стрелци и сл.).

Како су жене војници након рата покушавале да добију повластице попут пензије јер су уз успехе (Марија Ластовецка је једном умало срушила немачки BF09), оставиле своје здравље на бојишту, њихов проблем је регулисан васколиким актима: декретом председника 5/1944. којим „за време своје службе, жене потпадају под војни ауторитет, дисциплинске и кривичне одредбе сличне лицима из помоћних снага", актом 19/1947. којим се уједначавају по праву приступа и плаћања за служење војсци, до 1949. када се, као „круна на глави", женама придодаје и војна дужност у стању војне узбуне, чиме једнакост с мушкарцима бива и формално и материјално комплетирана.

7.5. Women and the Civil Service in 1938–1945

Учесница са Правног факултета Масариковог Универзитета, Луције Мразкова (*Lucie Mrázková*), такође је била спречена да излаже свој рад на тему „Жена у државној служби 1938–1945"

VIII сесија: Положај жене у грађанском праву XIX и XX века (српска сесија)

8.1. Жена у браку на примерима Француског и Аустријског грађанског законика

Студент Правног факултет Универзитета у Новом Саду, Урош Николић, одлучује се да упореди институте два велика законика на тему „Жене у браку на примерима Француског и Аустријског грађанског законика", те и докаже хипотезу да је ФГЗ, због карактера законодавца (традиционално васпитаваног Наполеона!) конзервативнији од АГЗ-а. Прво, односи супружника у вршењу родитељских права: док у *Code Civil*, наводима аутора, отац васпитава децу, у АГЗ-у су родитељи равноправни у дужностима према деци; између осталог, мушка деца занат уче од оца, а женска од мајке.

Како је АГЗ имао идеју смањења броја развода, аутор као занимљиве наводи институт „привидног развода" (супружници се растану на извесни период да виде желе ли потпун развод) и институт „поновног сједињења" за разведене бракове – док је у ФГЗ-у (касније) забрањен споразумни раскид јер би био удар на темељ институције брака; жена има право на развод искључиво ако мушкарац доведе љубавницу у своју кућу. Уколико превари супруга, жена издржава казну затвора од 3 месеца до 2 године, а мушкарац се кажњава новчано. Законско одређивање брачног рођења диктира да жена мора да сачека минимално 6 (АГЗ), или 10 месеци (ФГЗ) не би ли се преудала. С друге стране, жене су уживале и извесне привилегије: према АГЗ-у жена поред презимена добија и сталеж мушкарца, а према ФГЗ-у жена страног порекла која се уда за француског грађанина добија његово држављанство.

8.2. Поређење правног положаја жена у Српском грађанском законику из 1844. и Италијанском грађанском законику из 1865.

Андреј Цонфалониери, са Правног факултета Универзитета у Београду, одлучује се за поређење правног положаја жена у Српском грађанском законику из 1844. и Италијанском грађанском законику из 1865. управо јер је, како тврди, раритет у литератури. Законици су различити од својих узора (АГЗ=/=СГЗ, ФГЗ=/=ИГЗ), али је сличност између њих таква да је *ratio legis* великог броја норми брачног и наследног права апсолутно исти. Једине крупне разлике су следеће: доказана прељуба је у СГЗ-у, због држања до „супружанске верности", бракоразводни разлог, а сепарација због мужевљеве прељубе у ИГЗ-у изузетна (само ако конкубину доводи у кућу) јер се „брак раставља само смрћу"; друге крупне разлике се могу наћи у законском наслеђивању. Жене у ИГЗ-у могу интестатски да наслеђују (нису на „листи забрањених"), док СГЗ изневерава очекивања: женској деци припадају само право уживања имовине, снабдевања и тзв. право на „пристојно удомљење"; могу да наследе тек уколико нема мушке деце! У Аустријском грађанском законику и није било могућности да женска деца наслеђују, па СГЗ, према мишљењу аутора, и није његова проста копија: Хаџић је био инвентивнији (ту наводи рад проф. др Симе Аврамовића о Хаџићу).

Аутор закључује да законици, иако у данашњем смислу назадни, беспоговорно одговарају духу свог времена и завршава цитирајући проф. др В. Станимировића „Велика Француска револуција је мимоишла жене".

8.3. Правни положај жена у Књажевини и Краљевини Црној Гори

Како је, такође, уочио „слабо интересовање за бављење овом темом у литератури", Владимир Ђомић са Правног факултета Универзитета у Београду анатомију правног положаја жена у Књажевини и Краљевини Црној Гори сецка до најситнијих детаља, а све кроз призму специфичног црногорског облика теократије и његовог историјског гибања у династији Петровић-Његош. Од „Стеге" св. Петра Цетињског и санкција моралне природе, преко „Законика општег црногорског и брдског" и инкриминисања отмице српских и арбанашких девојака, одомаћене у хајдучком начину живота (која се, под утицајем канонског права, под одређеним околностима завршавала браком, „светом тајном"), до еволуције права у Даниловом законику (где жена, према члану 52. може да наследи свог преминулог мужа, да се поново уда и добије отпремнину за брак). Модернизација ту иде корак даље и крши обичаје зарад тријумфа апсолутне слободе у девојчином одабиру супруга: „ако девојка добре воље, без знања родитеља пође за момком, томе се онда не може ништа јер их је сама љубав везала", а процват доживљава у „Општем имовинском законику за Црну Гору", Валтазара Богишића где се женама, чланом 13, гарантује раније ускраћивано *имаоништво*, право својине без обзира на „тјелесне и душевне разлике међу људима". Додаје и занимљивост да је Уставом за Књажевину, а касније Краљевину Црну Гору из 1905. чланом 193. уведено обавезно и бесплатно основно образовање за све, дакле – и за жене.

8.4. Положај жене у предоснови Грађанског законика за Краљевину Југославију

Претпоследњи учесник конференције, Симо Илић, са Правног факултета Универзитета у Београду, говори о положају жене у предоснови Грађанског законика за Краљевину Југославију из 1934. Намера стручне јавности да се реформише положај жене, „неодговарајући за прилике тог времена", наишла је на одобравање чак и најконзервативнијих правника комисије. Аутор разјашњава да је Предоснова била напреднија од својих модела, новелираног АГЗ-а и делова две чешке предоснове: мужевљево право управљања, иако наизглед супериорна правна моћ, подразумевало је да тек ако се супружници не сложе око битних питања, предност одлучивања оде њему; *муцијанска претпоставка* према којој све ствари које жена поседује припадају мужу је избачена, а у случају сумње коме ствар припада

– ствар се сматрала власништвом оба брачна друга, и др. Надживели брачни друг добија наследно право, иако се предлагало да остане само право уживања.

Намера да се женска деца изједначе с мушком поводом наслеђивања окрњена је у тзв. сељачком праву, не би ли се спречило уситњавање сеоског поседа. Зато се јавља идеја да мушка деца добију право откупа женских наследних делова (знатно обезвређених), што Илић приказује табеларно. Занимљиве су фотографије формулара за „пуштање жене", једностране форме развода из тадашње судске праксе шеријатског права, које аутор показује и ту додаје да је шеријат био крупна кочница реформе. Упркос патријархалном тону извесних норми и томе што никада није ступила на снагу, аутор закључује да су по Предоснови могла да функционишу и патријархална друштва каква је била предратна Југославија – али и друштва у којима је положај жене доста добар.

8.5. Брачно и породично право у Немачкој за време националсоцијализма

Кроз брачно и породично право у Немачкој за време националсоцијализма, прецизније, кроз место жене у тоталитарном режиму Трећег рајха, спроводи нас Василије Митровски са Правног факултета Универзитета у Београду. Велики губитак мушке популације у Првом светском рату расцветава накратко пупољак женских права (време Вајмарске републике), који сенка Хитлеровог покрета убрзо замрачује. Уз неограничена овлашћења, Хитлер спроводи националсоцијалистичку *Volksgemeinschaft* политику, кроз коју брак постаје јавноправни сервис повећања наталитета, а жена, искључиво чистокрвна Немица, „по природном позиву" вишеструка мајка, одгајатељица „способних националних другова" (у супротном омаловажавана, принудно стерилисана). Провлачењем кроз Савез немачких девојака и удружење „Вера и лепота", спремана је за улогу идеолошки подобне супруге, а „у сврху стварања расно идентичне, наследно здраве деце и њиховог одгоја", испрва је морала имати и доказ о беспрекорном здрављу.

Митровски у наставку описује опадање критеријума за настанак брака услед утицаја рата и рађање неколико уникатних правних института: убрзани брак/брак на даљину, *Ferntrauung* (уз писану изјаву војника која доказује *affectio maritalis* могла га је склопити сама невеста), затим постхумни брак (због отворених злоупотреба су му се често противили родитељи палих војника јер су били искључени из

наследства у корист ратне удовице), али и постхумни развод, а све у циљу економског збрињавања невесте и озакоњења деце рођене у одсуству оца. Аутор у раду обећава и посебан преглед правног статуса Јеврејке у Трећем рајху.

Прва тема Јусторије се показала као изузетно атрактивна и плодоносна. Уз мноштво богатих и разгранатих дискусија након сесија, конференција оживљава различите делове спектра правне, али и универзалне феминистичке борбе, освешћујући недовољно расветљену женску прошлост која се често завија у поједностављене парадигме или стереотипе. Вреди истаћи и да су снимци целокупне конференције објављени на Јутјуб каналу Правног факултета Универзитета у Београду, па остају доступни свим заинтересованима.[1] Сразмерно показаном интересовању, Јусторија полако гради свој реноме као пожељна станица у научном ангажману домаћих студената, али и студената широм света.

Рад приспео / Paper received: 3.12.2020.
Прихваћен за објављивање / Accepted for publication: 21.12.2020.

1 *https://www.youtube.com/watch?v=D2JGlYnldpM&list=PLItU9nuKV9npluObABG4jNETJv7YDxeWEhttps://www.youtube.com/playlist?list=PLItU9nuKV9npluObABG4jNETJv7YDxeWE*

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

1. Профил часописа и врсте радова које се објављују

Весник правне историје / Herald of Legal History је међународни академски студентски часопис, посвећен проучавању правне историје свих земаља и свих раздобља. Издавач часописа је Правни факултет Универзитета у Београду. Часопис излази два пута годишње, у ограниченом штампаном тиражу и електронски у отвореном приступу.

Радове могу подносити како студенти основних и постдипломских студија права, тако и студенти других друштвено-хуманистичких наука. Прихватају се и радови аутора којима је престао статус студента, уколико су га имали у време истраживања, односно писања рада.

Текстови могу бити на српском или енглеском језику.

Прихватамо следеће врсте радова:

1. Студентске академске чланке; у случају коауторских радова, сви аутори морају да имају статус студента у високошколској установи. Радо примамо како радове који се тичу појединачних правног система, тако и оне који примењују упоредни приступ.
2. Приказе књига; предмет рада могу бити како скорашње, тако и давно објављене књиге, али приступ се мора прилагодити сходно томе. Уколико се ради о приказу старије књиге која је у међувремену доживела поновно издање, аутор прегледа мора дати пуне библиографске податке како о првом издању књиге, тако и о оном које је коришћено при писању приказа.
3. Студентске преводе академских чланака и изворних текстова са српског на енглески и обрнуто, или са било ког другог језика на један од два претходно поменута. Ако је текст већ превођен на дотични језик, мора се радити о приметно бољем и/или савременијем преводу. Преводилац је у обавези да, упоредо с преводом, поднесе сагласност аутора или другог носиоца ауторских права (или доказ да је текст у јавном домену, тј. слободан за коришћење), као и оригинални текст. Када год је могуће, оригинал и превод биће упоредо објављени.
4. Интервјуе значајних научника из области правне историје, које спроводе студенти, на академске теме. Упоредо са текстом интервјуа, интервјуиста има обавезу да поднесе доказ о дозволи и сагласности интервјуисаног (лица) да интервју буде објављен (нпр. електронска преписка или копија потписане изјаве о сагласности).
5. Пригодне текстове – извештаје с конференција, некрологе и сл.

AUTHOR GUIDELINES

1. Journal Profile and Types of Submissions

Весник правне историје / Herald of Legal History is an international academic student journal dedicated to the study of legal history of all countries and periods. The journal is published by the University of Belgrade Faculty of Law. It has two issues per year, in a limited number of physical copies and as an open access e-journal

Both graduate and postgraduate students of law, as well as of other social sciences and humanities, are eligible to submit papers for the journal. Submissions by authors who no longer have student status are also acceptable, as long as they possessed it during their research or writing.

Submissions are accepted in Serbian and English.

We accept the following types of submissions:

1. Academic articles written by students; in case of co-authored papers, all authors must have student status at an institution of higher education. We encourage both papers dealing with individual legal systems and those taking a comparative approach.
2. Book reviews written by students; both recent and older works can be reviewed, but the approach must be adjusted accordingly. If an older book that was later re-issued is reviewed, the reviewer must submit full bibliographical information regarding both the first edition of the work and the one that was used for the review.
3. Translations of academic articles or primary sources from Serbian to English or vice versa, or from any other language to either of these two, done by students. If a translation of the text into the language in question already exists, the translation has to be significantly better and/or more modern. Along with the translation, the translator must also submit the author's or another copyright holder's consent (or proof that the text is in public domain, i.e. free to use), as well as the original text. Whenever possible, the original and the translation will be published side by side.
4. Interviews with renowned scholars in the field of legal history, conducted by students, on academic subjects. Along with the text of the interview, the interviewer must submit proof of the interviewee's authorization and consent to the publication of the interview (e.g. email communication or a scan of a signed statement of consent).
5. Event-related texts – conference reports, necrologues etc.

Пожељно је да студенти који намеравају да поднесу преводе или интервјуе о томе унапред обавесте Уредништво, те да питају да ли текст који ће бити преведен или научник који ће бити интервјуисан одговарају профилу часописа. Може се послати и узорак преведеног текста (1–2 странице), како би се унапред проверио општи квалитет превода.

Радови који су већ објављени на другом месту не могу се предавати за објављивање. Ако је радна верзија неког рада учињена доступном на интернету, по објављивању рада је треба уклонити или заменити линком за рад на сајту *Весника*.

Радови предати за објављивање подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената. Чланке и приказе књига ће рецензирати стручњаци из одговарајућег поља правне историје, док ће преводе прегледати стручњак у чију специјализацију потпада тема на коју се рад односи и филолог специјализован за језик на коме је текст написан. Интервјуи, као и други слични текстови (нпр. некролози) не подлежу анонимној рецензији, али редакција може сугерисати примерене измене.

Радови се шаљу у *Microsoft Word* формату на адресу **vesnik@ius.bg.ac.rs** или предају онлајн преко сајта часописа: *http://ojsnovi.ius.bg.ac.rs/index.php/Vesnik/index*. Уколико аутор сматра потребним илустрације, табеле или неуобичајене фонтове, потребно је да их достави у виду засебних датотека. Оригинали превођених текстова се такође могу послати у PDF-у.

Видео апстракти за радове или уживо снимљени интервјуи су такође прихватљиви и биће објављени на профилима часописа на друштвеним мрежама (YouTube, Facebook, Instagram, итд.) упоредо с електронском објавом радова на које се односе. Слање видео апстракта или интервјуа не ослобађа аутора обавезе да пошаље писани апстракт с кључним речима, или транскрипт интервјуа. (Уколико интервју није вођен на српском или енглеском језику, превод транскрипта на један од та два језика је неопходан.) Видео снимци и друге крупне датотеке могу се слати преко бесплатних сервиса за дељење датотека (попут *WeTransfer*, *FileMail*) истовремено с подношењем рада или недуго након.

Рокови за подношење радова су: 30. април за први број, и 31. октобар за други. Аутори ће бити обавештени чим њихови радови буду примљени.

Аутори су дужни да се при писању радова придржавају међународних академских и етичких стандарда. Чином предавања рада за објављивање сваки аутор гарантује да рад не садржи никакво кршење ауторских права, плагијат или етички преступ, као и да рад није раније био објављен, није прихваћен за објављивање нити у поступку разматрања за објављивање на другом месту, те да ће евентуалне радне верзије уклонити или заменити линком за верзију објављену у *Веснику* ако рад буде прихваћен за објављивање.

We encourage students intending to submit translations or interviews to inform the Editorial Board of their intentions in advance, and to inquire whether the text to be translated or the scholar to be interviewed fit in with the journal's profile. An example of the translation (1–2 pages long) can also be provided, in order for the overall quality of the translation to be assessed in advance.

Papers that were already published elsewhere cannot be submitted. If a work in progress version has been made available online, once the paper has been published, it should be removed or replaced with a link to the paper on the *HLH* website.

All submissions will be evaluated by two external reviewers. The peer review is double blind. Articles and book reviews will be evaluated by experts in the relevant field of legal history, while translations will be reviewed by one expert in the field of the translated text, and one philologist specializing in the language in question. Interviews, as well as other similar texts (e.g. necrologies) are not subject to anonymous reviews, but the Editorial Board may still suggest appropriate changes.

All submissions should be sent in Microsoft Word format to **vesnik@ius.bg.ac.rs**, or submitted online through our website: *http://ojsnovi.ius.bg.ac.rs/index.php/Vesnik/index*. If illustrations, tables or non-standard fonts are needed, they should be included as separate files. Originals of translated texts can also be sent as PDFs.

Video abstracts for papers or recorded live interviews are also acceptable and will be published on the journal's social media profiles (YouTube, Facebook, Instagram etc.) once the issue they are related to is published online. Sending a video abstract or interview does not eliminate the author's obligation to send a written abstract and keywords, or the transcript of the interview. (If the interview is conducted in a language other than English or Serbian, a translation of the transcript to either of those languages is also required.) Videos and other large files can be sent over free file-sharing services (e.g. WeTransfer, FileMail) together with, or soon after the textual submission.

Deadlines for submissions are the 30th of April for the first issue and the 31st of October for the second. Authors will be notified when their submission is received.

Authors are obliged to follow international academic and ethical standards in the writing of their papers. By submitting a paper for publication, every author guarantees that the paper contains no copyright infraction, plagiarism or ethical misconduct, as well as that the paper has not been previously published, accepted for publication nor is under consideration for publication elsewhere, and that any work in progress versions will be removed or replaced with a link to the version published in the *HLH* if the paper is accepted for publication.

Аутори задржавају ауторско право на своме делу. Међутим, услов за објављивање у *Веснику правне историје* јестеда аутори издавачу дозволе да објави дело, да гарантују право да ће *Весник* бити наведен као изворни издавач у случају поновног објављивања и да неискључиво уступе овлашћење на умножавање, те овлашћење да се текст учини доступним јавности и да се дистрибуира у свим облицима и медијима. Објављени текстови се дистрибуирају под условима лиценце „*Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0)*".

2. Форматирање и стил писања

Радови се пишу у фонту Times New Roman, величина 12. Текстови на српском се пишу ћириличним писмом. Текстови на енглеском могу да користе било британски или амерички варијетет енглеског језика, под условом да се један користи континуирано кроз цео рад.

Латинске и друге стране речи и изрази, као и интернет адресе, пишу се курзивом (*italic*), уколико је то могуће за писмо које се користи. За језике који не користе латинично или ћирилично писмо (нпр. грчки), молимо вас да користите фонт сличне величине и да фонт доставите уз свој рад.

Страна имена која се помињу у тексту, а која користе другачије писмо или транскрипцију од онога у тексту, треба да се при првом спомињању напишу у оригиналу у загради, курзивом. У даљим наводима користе се само транскрибована имена.

Пример: Као што истиче Игор Медведев (*Игорь Медведев*)...

Кад је цитат преведен с другог језика, треба навести и изворни текст уколико је могуће, било у главном тексту или у фусноти, у зависности од важности цитата. И обрнуто – за све цитате на било ком језику осим оног на коме је рад написан, морају се дати и преводи. Изузетак овоме су опште познате латинске речи и изрази, као што су *mutatis mutandis*, *de iure*, *a fortiori*, *et cetera*.

Не постоји минимална или максимална дужина рада, али рецензенти могу да сугеришу проширивање или скраћивање појединих целина у оквиру рада у зависности од важности за тему.

Ауторима је дозвољено да пишу у првом лицу једнине, првом лицу множине, или неутралним стилом, али би требало да кроз рад континуирано користе стил који су одабрали.

Ауторово име и презиме, са средњим словом, и академска титула се уписују у горњи леви угао. Презиме се пише великим словима – верзалом; може се користити редослед уобичајен у ауторовом матерњем језику. Установа на којој аутор студира или је запослен, ниво студија или друге афилијације и позиције, као и адреса електронске поште аутора, треба да буду написане у фусноти означеној звездицом. У истој фусноти аутор може, ако жели, додати и линкове за своје профиле на академским

Authors will retain the copyright in their work. It is, however, a condition of publication that authors transfer to the *Herald of Legal History* the non-exclusive right to publish the paper, to be cited as its original publisher in case of reuse, to reproduce, to make available to the public, and to distribute it in all forms and media. The published papers will be distributed under the „Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)" license.

2. Formatting and Writing Style

Papers should be written using the Times New Roman font, size 12. Texts in Serbian should be written in the Cyrillic alphabet. Texts in English can use either British or American English, but one must be used consistently throughout the paper.

Latin and other foreign words and phrases, as well as internet addresses should be written in verso (italic), if available for the script in question. For languages that do not use the Latin or Cyrillic alphabet (e.g. Greek), please use a font of a similar size and include the font with your paper.

Foreign names mentioned in the text that use a script or transliteration different than the one the paper is written in should be given in the original in parentheses (and in verso) when they first appear in the text. In subsequent mentions, only the transliterated name should be used.

Example: As Igor Medvedev (*Игорь Медведев*) points out...

When quotations translated from other languages are given, the original should also be provided if possible, either in the main text or in a footnote, depending on the quotation's importance. And vice versa – translations should be provided for all quotations given in any language other than the one the paper is written in. An exception to this are widely known Latin words and phrases, such as *mutatis mutandis*, *de iure*, *a fortiori*, *et cetera*.

There is no minimum or maximum length for submissions, but the reviewers may still suggest expanding or shortening a section of the paper based on its relevance for the subject.

Authors are free to write either in first person singular, first person plural or in a completely neutral style, but the same style should be used consistently throughout the paper.

The author's first and last name, initials of the middle name(s), and academic title should be placed in the upper left corner. The last name should be capitalized; the order common in the author's native language can be used. The institution of study and/or employment, study level, or other affiliation and position, as well as the author's email address should be given in a footnote indicated by an asterisk. The authors may also include, in the same footnote, links to their profiles on academic websites – the site of the institution

сајтовима – сајту институције где је запослен, некој академској мрежи попут *ResearchGate, Orcid, Academia.edu* и сл.

Како би се обезбедила анонимност рада, молимо вас да не уписујете своје име нигде осим на страни на којој је наслов. Ако се позивате на неке од својих других објављених радова, молимо вас да приликом навођења поступате са њима као са радовима других аутора, а да их притом не истичете као своје.

Уколико рад представља део семинарског рада, мастер или докторске тезе, ако је резултат истраживања у оквиру неког научног пројекта, или је излаган на некој конференцији, ове податке треба што детаљније навести у истој фусноти у којој је ауторова афилијација, у засебном пасусу.

Уз чланке (за разлику од других врста радова) треба доставити и апстракт, дужине 100–150 речи, са 3–5 кључних речи подесних за потребе онлајн претраживања и индексирања.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама. Уредништво задржава право да прилагоди текст стилу и формату часописа.

На крају рада, после библиографије, наводе се на другом језику часописа (на енглеском ако је рад на српском и обрнуто) име аутора са фуснотом, наслов рада, сажетак (који може бити до 500 речи) и кључне речи. Ако нисте у могућности да их преведете самостално, молимо вас да то назначите како бисмо обезбедили превод.

Наслов треба да буде центриран, откуцан великим словима – верзалом, величина фонта 14. Поднаслови би такође требало да буду центрирани и откуцани верзалом, величина фонта 12, и нумерисани консекутивно арапским бројевима.

Уколико поднаслов има више целина, оне такође треба да буду обележене арапским бројевима, и то: 1.1 – малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1 – малим словима у курзиву (фонт 11), итд. са мањим фонтом.

Аутори чланака (и приказа, ако имају друге референце осим књиге коју приказују) су у обавези да поднесу библиографију цитираних дела, фонт 11, на крају чланка. Листа треба да буде подељена на изворе (историјске и правне, тзв. примарне изворе) и литературу (тзв. секундарне изворе), по азбучном реду презимена аутора. Извори без (познатих) аутора треба да буду наведени пре оних с ауторима, у азбучном реду по наслову.

Уз преводе треба доставити кратак увод у којем ће се у основним цртама изложити, за изворе, природа, значај и контекст настанка преведеног текста, а за научне чланке основни подаци о аутору и значај преведеног текста. Увод треба да буде на језику на који се текст преводи, и по правилу не треба да буде дужи од једне странице.

where they are employed, an academic network such as ResearchGate, Orcid, Academia.edu, etc.

In order to ensure your paper's anonymity, please do not include your name anywhere except the title page. If you are referring to your other published works, please treat them as you would any other author's, without singling them out as your own.

If the article is a part of a seminary paper, master or doctoral thesis, if it is the result of research within a scientific project, or it has been presented at a conference, this information should be indicated with as much detail as possible in the same footnote with the author's affiliation, in the next paragraph.

For articles (unlike other types of submissions), an abstract 100–150 words long should be included, together with 3–5 keywords suitable for indexing and online search purposes.

It is in the author's interest that the title and key words reflect the content of the article as closely as possible. The entire paper, including the abstracts, shall be subjected to proofreading and peer review. The Editorial Board reserves the right to adapt texts to the journal's style and format.

At the end of the paper, after the bibliography, the author's name with the footnote, title of the paper, abstract (this time up to 500 words) and key words are submitted in the other language of the journal (Serbian if the paper is in English and vice versa). If you are unable to translate them yourself, please indicate so, and we will provide the translation.

The title should be centred, typed in capital letters, font size 14. The subtitles should also be centred, typed in capital letters, font size 12 and numbered consecutively by Arabic numbers.

If the subtitle contains more than one part, they should also be designated with Arabic numbers, as follows: 1.1. – with lowercase letters in recto, font 12, 1.1.1. – with lowercase letters in verso, font 12, etc.

Authors of articles (and book reviews, if sources other than the reviewed book are quoted) are obliged to submit a bibliography of cited references, font 11, at the end of the article. The list should be divided into primary sources (historical and legal sources) and secondary sources (literature), both listed in alphabetic order by the authors' last names. Sources without (known) authors should be listed before those with authors, in alphabetic order by title.

Translations should include a short introduction which should outline in basic terms, for primary sources, the nature, significance and the context in which the translated text was created, and, for scholarly articles, the basic information about the author and the significance of the translated text. The introduction should be in the language into which the text was translated, and, as a rule, should not exceed one page in length.

У интервјуима, пре прве реплике сваког појединачног учесника, треба да буду наведена пуна имена како интервјуисте, тако и интервјуисаног, а потом само у иницијалима. Интервјуи би требало да садрже кратак увод са биографским детаљима о интервјуисаном.

За навођење цитата у чланцима и приказима књига, молимо вас да пређете на упутство за стил навођења литературе који се налази у наставку. Референце у превођеним чланцима треба да остану у стилу који је коришћен у изворном тексту.

3. Стил навођења литературе

1. Књиге: пуно име и презиме аутора (с другим иницијалима, уколико их има) – курентом, наслов – курзивом, издавач (ако је познат) и место издавања – курентом, година издавања.

Ако је број страна назначен, треба га написати без додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично).

После места издавања не ставља се зарез.

Пример: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia 1993, 26.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1993^2), ако се аутору та чињеница чини битном.

Упућивање на фусноту треба да буде скраћено и нумерисано након броја стране.

Пример: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia 1993, 26, фн. 15.

Уколико се у књизи наводи више места издања, максимално се наводе три и раздвајају се цртом.

Пример: Jill D. Harries, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne 2004.

Уколико постоји више од једног издавача, максимално се наводе три и раздвајају се косом цртом.

Пример: Слободан Јовановић, *Влада Милана Обреновића, књига I*, БИГЗ / Југославијапублик / СКЗ, Београд 1990.

2. Чланци у часопису: пуно име и презиме аутора (с другим иницијалима, уколико их има) – курентом, назив чланка – курентом, под наводницима, назив часописа (правних прегледа или друге периодике) – курзивом, број и годиште издавања, распон страна без икаквих додатака (као и код цитирања књига). Ако је назив часописа нарочито дуг, а цитира се више чланака објављених у њему, у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

In interviews, both the interviewee's and the interviewer's full name should be used before each individual's first line, and initials should be used afterwards. Interviews should include a short introduction giving biographical information about the interviewee.

For references in articles and book reviews, please refer to the reference style guide below. References in translated articles should remain in the style used in the original text.

3. Reference Style

1. Books: author's first and last name (with other initials if present) in recto, title written in verso, publisher (if known) and place of publication in recto, year of publishing.

If the page number is specified, it should be written without any supplements (like p., pp., f., dd. or others).

The publisher's location should not be followed by a comma.

Example: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia 1993, 26.

If a book has more than one edition, the number of the edition can be stated in superscript (for example: 1993^2) if the author finds that information relevant.

Any reference to a footnote should be abbreviated and numbered after the page number.

Example: Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia 1993, 26, fn. 15.

If a publication lists more than one place of publication, a maximum of three should be listed in the reference, separated by dashes.

Example: Jill D. Harries, *Law and Empire in Late Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne 2004.

If there is more than one publisher, a maximum of three should be listed, separated by slashes.

Example: Slobodan Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića, knjiga I*, BIGZ / Jugoslavijapublik / SKZ, Beograd 1990.

2. Journal articles: author's first and last name (with other initials if present) in recto, article's title in recto with quotation marks, name of the journal (law review or other periodical publication) in verso, volume and year of publication, page range without any supplements (as in the book citation). If the name of a journal is particularly long, and multiple articles published in it are cited, an abbreviation should be offered in parentheses when it is first mentioned and used later on.

Пример: Sima Avramović, "Mixture of Legal Identities: Case of the Dutch (1838) and the Serbian Civil Code (1844)", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 4/2018, 13–37.

3. Када се цитира чланак у зборнику радова, име аутора и назив чланка се наводе као код часописа, а затим се наводе подаци о зборнику радова у истом формату као за књиге, и на крају распон страна, с тим што се после имена уредника у загради ставља скраћеница на истом језику на којем је објављен зборник – „ур." или „прир.", на српском, „ed." (односно „eds." код више уредника) на енглеском, „Hrsg." на немачком, итд.

Пример: Éva Jakab, "Financial Transactions by Women in Puteoli", Paul du Plessis (ed.), *New Frontiers: Law and Society in the Roman World*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013, 123–150.

4. Уколико постоји више аутора или уредника (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: Paul Cartledge, Paul Millett, Stephen Todd (eds.), *Nomos: Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne 2002[3].

Уколико има више од три аутора или уредника, наводи се само име и презиме првог, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом.

Пример: Michael A. Livingston *et al.*, *The Italian Legal System,* Stanford Law Books, California 2015.

5. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и (целог) презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: A. Watson, 65.

Уколико се цитира више радова истог аутора, наслов се скраћује на највише три речи (не рачунајући предлоге, везнике и чланове).

Пример: A. Watson, *Legal Transplants*, 82. Или: S. Avramović, "Mixture of Legal Identities", 25.

6. Уколико се цитира више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка.

Пример: G. Thür, 238–276.

Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље" с тачком на крају.

Пример: G. Thür, 244 и даље.

7. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *Ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Example: Sima Avramović, “Mixture of Legal Identities: Case of the Dutch (1838) and the Serbian Civil Code (1844)”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 4/2018, 13–37.

3. When an article from an edited volume is cited, the name and title are written in the same way as for journal articles, followed by the data about the volume in the same format as for books, and a page range, but the names of the editors are followed by an abbreviation in parentheses in the language of the book – “ed.” (or “eds.” for multiple editors) in English, “Hrsg.“ in German, etc.

Example: Éva Jakab, “Financial Transactions by Women in Puteoli”, Paul du Plessis (ed.), *New Frontiers: Law and Society in the Roman World*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2013, 123–150.

4. If there is more than one author or editor of a book or article (three at most), their names should be separated by commas.

Example: Paul Cartledge, Paul Millett, Stephen Todd (eds.), *Nomos: Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge University Press, Cambridge – New York – Melbourne 2002[3].

If there are more than three authors or editors, only the first name should be cited, followed by abbreviation *et alia* (*et al.*) in verso.

Example: Michael A. Livingston *et al.*, *The Italian Legal System,* Stanford Law Books, California 2015.

5. Repeated citations of a single work by the same author should include only the first letter of his or her name, last name and the number of the page.

Example: A. Watson, 65.

If two or more references to the same author are cited, the title should be abbreviated to up to three words (not counting prepositions, conjunctions or articles).

Example: A. Watson, *Legal Transplants*, 82. Or: S. Avramović, “Mixture of Legal Identities”, 25.

6. If more than one page is cited from a text and they are specified, they should be separated by a dash, followed by a period.

Example: G. Thür, 238–276.

If more than one page is cited from a text, but they are not specifically stated, the number which notes the first page should be followed with “etc.”

Example: G. Thür, 244 etc.

7. If the same page of the same source was cited in the preceding footnote, the Latin abbreviation for *Ibidem* should be used, in verso, followed by a period.

Example: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти (али с различите стране) користи се латинична скраћеница за *Ibidem*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid*., 69.

8. Објављени предмодерни правни извори цитирају се у складу са правилима за цитирање савремених издања, као било која друга књига.. Уколико су у питању извори са стандардизованим системом цитирања (нпр. *Corpus Iuris Civilis*, Библија) користе се стандардизоване скраћенице.

9. Закони и други прописи се наводе пуним називом – у куренту, потом се наводи гласило у коме је пропис објављен – курзивом (нпр. *Службени гласник*), а после зареза број и година објављивања, поново у куренту. Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања, после црте, наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца од 28. јуна 1921. године, *Службене новине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, година III, бр. 142/21.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

10. Чланови, ставови и тачке прописа се наводе редним бројевима. Речи „члан", „став" и „тачка" се могу скратити на „чл.", „ст." и „тач.", и ауторима који наводе велики број чланова саветујемо да се тога придржавају.

Пример: члан 5. став 2. или чл. 5, ст. 2, тач. 3. или чл. 5, 6, 9. и 10. или чл. 4–12, итд.

11. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

12. Навођење необјављених извора (архивске грађе) треба да садржи наслов изворног документа што је могуће прецизније, праћен именом архива у којем се чува, називом фонда, групе списа или збирке, уз одговарајућу ознаку документа коју користи дотични архив (укључујући број фонда, фасцикле и сл.); у случају понављања, приликом првог помињања може се навести акроним или скраћеница под којим ће се извор даље појављивати.

13. Цитирање веб страница, сајтова и електронских књига треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум последњег приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp*, приступљено 24. марта 2020.

If the same source (but *not* the same page) was cited in the preceding footnote, the Latin abbreviation for *Ibidem* should be used, in verso, followed by the page number and a period.

Example: *Ibid.*, 69.

8. Pre-modern legal sources that have been published should be cited according to their modern-day editions, like any other book. In case of sources with a standardized citation system (e.g. the *Corpus Iuris Civilis*, the Bible) the standard abbreviations should be used.

9. Statutes and other regulations published in modern-day official publications should be provided with a complete title in recto, followed by the name of the publication (e.g. official gazette) in verso, and then the number (volume) and year of publication in recto. In case of repeated citations, an acronym should be provided on the first mention of a given statute or other regulation.

Example: Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca od 28. juna 1921. godine, *Službene novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, godina III, br. 142/21.

If the statute has been changed and supplemented, numbers and years should be given in a successive order of publishing changes and additions.

Example: Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, *Službeni glasnik RS*, br. 62/03, 64/03, 58/04 i 62/04.

10. Articles of the cited statutes and regulations should be denoted as follows:

Example: Article 5 (1); Articles 4–12.

The word "article" can be abbreviated to "art.", and we advise authors referring to a large number of articles to do so.

11. Citation of modern court decisions should contain the most complete information possible (category and number of the decision, date of decision, the publication in which it was published).

12. Citation of unpublished sources (archive materials) should contain the title of the source document as precisely as possible, followed by the name of the archive in which it is kept, the name of the fonds, record group or collection, and the document signature number used by the archive in question (complete with the number of the fonds, folder etc.); in case of repeated use, an acronym or abbreviation can be provided on first mention.

13. Citations of web pages, websites or e-books should include the title of the text, source address (URL) in italic, and the date of the most recent access.

Example: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp*, last visited on 24.3.2020.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(091)

ВЕСНИК правне историје = Herald of Legal History / главни уредник Нина Кршљанин. – [Штампано изд.]. – Год. 1, бр. 1 (2020)– . – Београд : Правни факултет Универзитета у Београду, 2020– (Београд : Бирограф). – 24 cm

Полугодишње. – Друго издање на другом медијуму: Весник правне историје (Online) = ISSN 2738-0963
ISSN 2738-0955 = Весник правне историје (Штампано изд.)
COBISS.SR-ID 28109833

NVNTIVS
HISTORIAE
IVRIS

MMXX